

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO TRIBUTARIO EUROPEO

Ciclo XXVI

Settore Concorsuale di afferenza: 12/D2

Settore Scientifico disciplinare: IUS/12 DIRITTO TRIBUTARIO

TITOLO TESI

CONCORRENZA FISCALE
NELL'UNIONE EUROPEA:
PROFILI NAZIONALI E ORDINAMENTALI

Presentata da: dott. José Miguel Martín Rodríguez

Coordinatore Dottorato

Chiar.mo Prof. Adriano Di Pietro

Relatore

Chiar.mo Prof. Adriano Di Pietro

Chiar.mo Prof. Jesús Ramos Prieto

Esame finale anno 2013

A mis padres, os quiero

Agradecimientos

Un día de principios de noviembre de 2010 recibí una llamada telefónica. Al descolgar respondió la imponente voz de D. Fernando Suárez: «Buenas tardes, le voy a dar la mejor noticia de su vida». No se equivocaba. Apenas dos meses después entraba por las puertas del Real Colegio de España en Bolonia con una beca para realizar un doctorado de investigación en la *Alma Mater Studiorum*.

El Real Colegio de España, la obra de Don Gil de Albornoz, es un acto supremo de generosidad. Como heredero de su legado, no puedo menos que responder a la confianza que ha depositado en todos los que hemos pasado por su casa con su misma enseñanza. A él, fundador del Real Colegio de España y a cada uno de los miembros de la Junta de Patronato que continúan de forma desinteresada con su labor, gracias.

Cualquiera que haya vivido dentro de los muros del Colegio entenderá que la palabra *gracias* tiene en este caso mil acepciones. La resumiré en una: gracias Don Gil, por permitirme vivir la experiencia más enriquecedora de mi vida y por ubicarla en el mejor edificio, la mejor ciudad y la mejor Universidad.

Qué decir de, Bologna (la *grossa*, la *dotta*, la *rossa*) por la que tantas veces me he perdido y me volvería a perder, cruzando sus soportales o sobre mi destartada bicicleta. Amor extensible a Italia y su gente, particularmente a los amigos italianos que han compartido mis mejores momentos en estos dos años. Gracias.

La experiencia en el Real Colegio de España no hubiera sido la misma sin la impronta del Magnífico Rector, D. José Guillermo García Valdecasas y Andrada Vanderwilde. Por hacernos partícipes de la aventura, por compartir tantas enseñanzas y momentos. Gracias.

La vida en el Colegio no se entiende tampoco sin sus trabajadores, a los que agradezco hacerme sentir como en casa a pesar de la distancia. Nombrar solo a uno sería hacer de menos a los demás. Gracias.

Hablar del Colegio es hablar de sus colegiales, los «bolonios», la verdadera gran obra de Don Gil. A todos los bolonios pasados, por haberme hecho sentir partícipe de un legado atemporal. A mis *viejos*, que tan bien nos transmitieron los valores y principios del Colegio. Especialmente a Fran, mi decano, por su sabio

consejo; a Antonio que siempre será mi *bro* y a Julio, que me enseñó el significado de la palabra padrino. A mis *nuevos*, por haberme hecho vivir, cuando parecía irrepetible, una experiencia sin igual; especialmente a mi ahijado Juanma por su sincera y profunda amistad. A mis compañeros de promoción, por compartir estos dos años y hacer cada momento especial. A Raúl, por su energía matutina; a Eugenio, por contagiarme sus manías y nunca dejarme solo; a Germán por embarcarme en sus aventuras (y las que nos quedan) y a Gabri, por compartir tantas y tantas locuras. Siempre os echaré de menos, siempre podréis contar conmigo. Gracias.

Además del Colegio, como doctorando en Derecho Tributario Europeo en Bolonia, he tenido la suerte de formar parte de un modelo de excelencia académica e integración internacional como la *Scuola de Alti Studi Tributari Europei*, dirigida de manera magistral por un ejemplo de vocación universitaria y esfuerzo, de constancia y tesón, todos sus doctorandos estaremos en deuda perpetua con el Prof. Adriano Di Pietro. Gracias.

A mis compañeros de la Scuola, por su recibimiento, por haberme hecho sentir uno más desde el primer día, por hacer especiales todos los momentos que hemos compartido en Bolonia y fuera de ella. Un recuerdo particular para Iacopo y Francesca que me han ayudado con el italiano y a Giovanna, Christian y Wu-Yao, que desde diferentes puntos del globo sé que querrían compartir este momento tan importante. También al Prof. Marco Greggì, que siempre ha confiado en mí y que me ha contagiado su entusiasmo y dedicación. Gracias.

La grandeza del Colegio reside en que nos permite mantener nuestros vínculos con España, una cuestión vital en los momentos de gran adversidad que nos ha tocado vivir. En mi caso, me siento especialmente orgulloso de formar parte del proyecto de la Universidad Pablo de Olavide, en la cuál no puedo estar mejor acompañado. En primer lugar, recibo consejo y ayuda de un referente profesional y humano como D. Javier Lasarte Álvarez. Me siento especialmente gozoso de haber seguido sus pasos y le agradezco infinitamente su dedicación y confianza. Como su “nieto académico” espero estar a la altura que su magisterio merece. Gracias.

Este magisterio ha calado en nuevas generaciones y es ejercido con enorme valía por mi maestro, el Prof. Jesús Ramos Prieto. Siempre me quedaría corto al tratar de expresar en unas pocas líneas mi agradecimiento por su

permanente apoyo, su sabio consejo, su paciencia, su capacidad de estímulo y su amistad. Este trabajo no hubiera sido posible sin su guía, cualquier defecto que encuentre el lector desde luego es achacable solo a mi persona; cualquier virtud, no duden que lleva su impronta. Gracias.

El mundo del Derecho Tributario no sería lo mismo si no pudiera compartirlo con grandes amigos y compañeros que me hacen sentir afortunado cada día. A mis compañeras de la Universidad Pablo de Olavide, Mónica, Montse y especialmente a María José, que con sus excelentes clases hizo nacer en mí la pasión por el Derecho Tributario. A mis amigos de la nueva hornada: Rafa, Alberto, José Manuel y Carmen. El mundo seguirá girando, pero siempre seréis la mejor doctrina. Gracias.

Llegar al final de este camino nunca hubiera sido posible tampoco sin las grandísimas personas que lo han llenado en el pasado de magníficos recuerdos; a todas ellas, gracias. Un especial recuerdo merecen mis amigos, que han sabido soportar mi encierro y mantener viva la llama de la amistad. A Alberto, por cuidarme como un hermano; a Rodrigo por tener siempre la palabra adecuada; a Migue por sus largas tazas de té, a Juan, Tavi y Carlos por mantenerse siempre cerca; a Tornay, por su apoyo incondicional. Gracias.

Los últimos meses de este trabajo han sido especialmente duros y alcanzar la meta nunca hubiera sido posible sin sentir a mi lado a la persona que me completa. Por soportar mis malos momentos, por saber siempre arrancarme una sonrisa, por confiar en mí y obligarme sin saberlo a mejorarme cada día. A ti, Isa. Gracias.

Por último, nada de lo escrito en adelante tendría valor sino pudiera compartirlo con mi familia. A mis tíos y abuelos por su incondicional cariño; a mi hermano por mostrarme el camino de la vocación y el esfuerzo, por haber hecho especial lo cotidiano, por obligarme a echarle tanto de menos. Gracias.

Finalmente, a mis padres, a ellos que me han dado todo sin pedir nunca nada a cambio, que me han enseñado todos y cada uno de los valores que guían mi juicio. Por todos vuestros sacrificios, por creer en mí, por estar siempre a mi lado. Esta tesis es vuestra igual que mía, porque sin vosotros nada, nada, hubiera sido posible. Gracias.

Sevilla, febrero de 2013.

SUMARIO

Página

Abreviaturas	19
Introducción	20

Capítulo primero	28
Consideraciones preliminares acerca de la competencia fiscal	

1. OBJETIVOS DEL CAPÍTULO	29
2. LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LA COMPETENCIA FISCAL	30
2.1 <i>El concepto de competencia en la competencia fiscal</i>	31
2.2 <i>La delimitación de la competencia fiscal respecto a otros conceptos</i>	35
2.2.1 La competencia perfecta: un modelo ideal e imposible	36
2.2.2 La competencia institucional, un término más adecuado	39
2.2.3 La competencia entre ordenamientos y sus límites	40
2.2.4 La competencia fiscal como competencia entre jurisdicciones	44
3. LA COMPETENCIA ENTRE JURISDICCIONES, EL MARCO DE LA COMPETENCIA FISCAL.....	47
3.1 <i>Los diferentes objetos de la competencia</i>	47
3.2 <i>La competencia horizontal y vertical</i>	49
3.3 <i>La competencia activa y la competencia implícita o pasiva. El proceso de competencia</i>	51
3.4 <i>La construcción de la competencia fiscal</i>	54
4. TEORÍAS ECONÓMICAS EN TORNO A LA COMPETENCIA FISCAL	55
4.1 <i>Notas preliminares</i>	55
4.2 <i>El modelo de Tiebout (1956): la primera piedra de la teoría sobre la competencia fiscal</i>	58
4.3 <i>Oates: la base teórica para un cambio de modelo (1972)</i>	63

4.4	<i>El modelo básico de competencia fiscal: Zodrow y Mieszkowski (1986) ...</i>	65
4.4.1	Las premisas del modelo básico	66
4.4.2	Completando el modelo básico	67
4.4.2.1	Diferente tamaño de las regiones	68
4.4.2.2	Obstáculos domésticos	69
4.4.2.3	Vecindad	71
4.4.3	Conclusiones del modelo básico	72
4.5	<i>Alternativas al modelo básico: la economía geográfica y el Estado</i>	
	<i>Leviatán. Siguiendo a un Nobel</i>	73
4.5.1	La nueva geografía económica	73
4.5.2	La teoría de la elección pública (<i>Public Choice</i>) y el Estado Leviatán	77
4.6	<i>El análisis del cross-border shopping. Un posible foco de competencia</i>	
	<i>fiscal</i>	79
4.6.1	Justificación de su estudio	80
4.6.2	El modelo de Kanbur y Keen	81
4.6.3	Consideraciones adicionales al modelo de <i>cross-border shopping</i>	83
4.7	<i>La utilidad de las teorías económicas.....</i>	86
5.	LA IDENTIFICACIÓN DE LA COMPETENCIA FISCAL PERJUDICIAL	87
5.1	<i>Características del proceso de competencia fiscal: ¿asimétrica</i>	
	<i>y perjudicial?</i>	88
5.2	<i>La identificación de la competencia fiscal “perjudicial”</i>	89
5.3	<i>¿Qué es competencia fiscal perjudicial y qué no?</i>	91
5.4	<i>La identificación de la competencia fiscal perjudicial. Las medidas</i>	
	<i>generales en el punto de mira</i>	97
6.	LOS EFECTOS DE LA COMPETENCIA FISCAL	100
6.1	<i>Fiscal degradation o pérdida de ingresos fiscales</i>	101
6.2	<i>Cambio en la estructura tributaria o tax-mix</i>	109
6.3	<i>La eficiencia en la distribución de los recursos</i>	115
6.4	<i>La limitación del poder tributario del Estado</i>	118
7.	CONCLUSIONES	120

Capítulo segundo126

**Las condiciones generales de desarrollo de la
competencia fiscal en la Unión Europea**

1. ENFOQUE DEL CAPÍTULO	127
2. EL PROCESO DE DESARROLLO DE LA COMPETENCIA FISCAL: DEL ARBITRAJE A LA COMPETENCIA FISCAL	128
2.1 <i>El arbitraje fiscal, paso previo a la competencia fiscal entre jurisdicciones. Tres condiciones</i>	<i>130</i>
2.2 <i>Factores que favorecen el desarrollo de la competencia fiscal</i>	<i>133</i>
2.3 <i>La competencia entre sistemas y regímenes</i>	<i>138</i>
2.3.1 La competencia entre sistemas	139
2.3.2 La competencia entre regímenes	145
2.4 <i>Conclusiones. El marco de la competencia fiscal en Europa: hacia una competencia entre sistemas</i>	<i>148</i>
3. LA MOVILIDAD DE LOS FACTORES Y DE LAS BASES IMPONIBLES	149
3.1 <i>La movilidad de los ciudadanos</i>	<i>151</i>
3.1.1 La movilidad del ciudadano – trabajador	152
3.1.2 La movilidad del ciudadano – consumidor	158
3.1.3 La movilidad de las grandes fortunas	160
3.2 <i>La movilidad del capital</i>	<i>162</i>
3.2.1 La inversión directa y la inversión en cartera	162
3.2.2 La movilidad de las actividades productivas	165
3.3 <i>Conclusiones: la movilidad condiciona la política tributaria de los Estados miembros</i>	<i>166</i>
4. LOS CRITERIOS DE TRIBUTACIÓN. EL EJERCICIO DEL PODER TRIBUTARIO POR LAS JURISDICCIONES	168
4.1 <i>Dos sistemas fundamentales para gravar las rentas transfronterizas. Principales efectos</i>	<i>169</i>
4.2 <i>La búsqueda de la neutralidad en la tributación del capital</i>	<i>171</i>
4.3 <i>Conclusiones: los problemas para la aplicación del criterio de residencia y la CEN</i>	<i>173</i>
5. LAS DIFERENCIAS DE TRIBUTACIÓN. EL INSUFICIENTE PROCESO DE ARMONIZACIÓN DE LA FISCALIDAD COMUNITARIA	176

5.1 Los conceptos de unificación, armonización y coordinación	177
5.2 La armonización de la fiscalidad indirecta	183
5.3 La armonización de la fiscalidad directa	187
5.3.1 El principio de subsidiariedad y la regla de unanimidad	188
5.3.2 La armonización de la fiscalidad directa hasta 1992.....	191
5.3.3 La coordinación como solución. Un cambio de paradigma	193
5.3.4 Resultados de la estrategia de coordinación: el “paquete Monti”	197
5.3.5 Las Directivas en materia de fiscalidad directa y la competencia fiscal ...	203
5.3.5.1 La Directiva 2003/48/CE, sobre la fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses	203
5.3.5.2 Directiva 2003/49/CE sobre intereses y cánones	212
5.4 Conclusiones: la coordinación como única vía de escape a la unanimidad	216
6. LA ARMONIZACIÓN NEGATIVA: EL PAPEL DEL TJUE EN LA ARMONIZACIÓN DE LA FISCALIDAD DIRECTA	218
6.1 Apuntes preliminares	218
6.2 La diferencia entre discriminación y restricción	223
6.3 La libre circulación de trabajadores y la libertad de establecimiento de trabajadores por cuenta propia	226
6.3.1 La libre circulación de trabajadores en sentido estricto	228
6.3.2 La libertad de circulación de trabajadores en conexión con la libertad de establecimiento. Los impuestos de salida sobre personas físicas	230
6.4 Libertad de establecimiento de las sociedades	238
6.4.1 Apuntes generales	238
6.4.2 Los impuestos de salida en las personas jurídicas	242
6.4.3 Las principales cláusulas antiabuso. Subcapitalización y Control Foreign Corporations	250
6.4.3.1 La subcapitalización	252
6.4.3.2 Las normas en materia de CFCs	258
6.5 Libre prestación de servicios	263
6.6 Libre circulación de capitales	266
7. CONCLUSIONES	270

Capítulo tercero280

Los nichos de competencia fiscal en la fiscalidad del consumo

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES	282
2. LA FISCALIDAD DEL CONSUMO: EL IVA	286
2.1 <i>El esquema de tributación en el IVA. Un régimen transitorio definitivo ...</i>	286
2.2 <i>Las diferencias de tipos en el IVA. Los tipos reducidos</i>	292
2.3 <i>La movilidad de las transacciones</i>	296
2.4 <i>La competencia y el arbitraje fiscal en el IVA</i>	301
2.5 <i>Conclusiones</i>	304
3. LA FISCALIDAD DEL CONSUMO: LOS IMPUESTOS ESPECIALES. SU ESQUEMA DE TRIBUTACIÓN	306
3.1 <i>Delimitación del estudio e ideas básicas sobre la tributación de los impuestos especiales</i>	307
3.2 <i>El régimen general del devengo: tributación en destino</i>	310
3.2.1 <i>La circulación intracomunitaria en régimen suspensivo. El devengo con el despacho a consumo</i>	311
3.2.2 <i>El sistema de envíos garantizados</i>	313
3.2.3 <i>Las ventas a distancia</i>	314
3.2.4 <i>La tenencia en otro Estado miembro</i>	316
3.3 <i>Las compras realizadas por particulares: tributación en origen.....</i>	318
3.3.1 <i>El artículo 32.1 de la Directiva horizontal, a primera vista</i>	318
3.3.2 <i>Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 1998, EMU Tabac, asunto C-296/95</i>	319
3.3.3 <i>Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 2006, Joustra, asunto C-5/05.....</i>	321
3.3.4 <i>La importancia de los pronunciamientos del TJUE</i>	325
3.4 <i>La adquisición por particulares. Especial mención al contenido e interpretación de la expresión “para uso propio”</i>	327
3.4.1 <i>La naturaleza de la expresión “para uso propio”</i>	329
3.4.2 <i>Los criterios para determinar el “uso propio”</i>	330
3.4.2.1 <i>El criterio de la cantidad en el tabaco y las bebidas alcohólicas</i>	331
3.4.2.2 <i>Reglas especiales para los hidrocarburos</i>	337
3.4.2.3 <i>Valoración de los criterios para determinar el “uso propio”</i>	340

3.4.3	Los efectos de considerar que una adquisición se ha realizado con fines comerciales	341
3.4.4	Las franquicias aduaneras aplicables a los viajeros	344
3.4.5	El régimen de las tiendas libres de impuestos o <i>duty-free</i>	349
3.5	<i>Características de los impuestos especiales para ser objeto de cross-border shopping</i>	353
3.6	<i>Conclusiones</i>	357
4.	LA IMPORTANCIA DE LA ELECCIÓN DE LA BASE IMPONIBLE Y DEL TIPO DE GRAVAMEN	360
4.1	<i>Los productores</i>	362
4.2	<i>Consumidores</i> -	363
4.3	<i>Estado</i>	364
5.	LA TRIBUTACIÓN DE LAS LABORES DEL TABACO	365
5.1	<i>Las primeras Directivas: 72/464/CEE y 77/805/CEE</i>	367
5.2	<i>La llegada del mercado único, un paso adelante en la armonización</i>	369
5.3	<i>La Directiva 2002/10/CE y la posición del Comité Económico y Social Europeo</i>	371
5.4	<i>El régimen vigente</i>	376
5.4.1	Los objetivos de la reforma	376
5.4.2	La tributación de los cigarrillos	379
5.4.3	La tributación de la picadura fina de tabaco destinada para liar	381
5.4.4	Las diferencias de tipos y precio entre los Estados miembros	382
5.5	<i>Conclusiones</i>	388
6.	LA TRIBUTACIÓN DEL ALCOHOL Y LAS BEBIDAS ALCOHÓLICAS	391
6.1	<i>Un esquema sin cambios desde 1992, a pesar de todo</i>	391
6.2	<i>El comportamiento del mercado de las bebidas alcohólicas: la elasticidad de la demanda</i>	396
6.3	<i>La cerveza</i>	400
6.4	<i>El vino</i>	403
6.5	<i>El alcohol etílico</i>	407
6.6	<i>Un ejemplo de compras transfronterizas de bebidas alcohólicas</i>	410
6.7	<i>Conclusiones</i>	412
7.	DIFERENCIAS EN LA TRIBUTACIÓN DE LOS HIDROCARBUROS	414

7.1 La Directiva 2003/96/CE: sin cambios a la vista	414
7.2 Fuel tourism, el cross-border shopping del combustible.....	417
7.3 Las diferencias de tipos en el impuesto especial sobre hidrocarburos.....	421
7.4 Las disparidades en el precio final de los carburantes	425
7.5 Conclusiones	429
8. LAS COMPRAS TRANSFRONTERIZAS EN LA UNIÓN EUROPEA. ESTUDIOS EMPÍRICOS Y ESTIMACIONES	431
8.1 Recapitulación	431
8.2 Consideraciones comunes a los principales estudios	433
8.3 Principales estudios empíricos y estimaciones de la incidencia del cross-border shopping	437
8.3.1 Estudios sobre el alcohol	437
8.3.2 Estudios sobre las labores del tabaco	439
8.3.3 Estudios sobre los hidrocarburos	442
8.4 Conclusiones	446
9. MEDIDAS ADOPTADAS PARA REDUCIR LOS EFECTOS DEL CROSS-BORDER SHOPPING	448
9.1 Los límites comunitarios ante las prórrogas a la adaptación	449
9.2 Medidas unilaterales de los Estados	452
9.2.1 El Reino Unido: estrictos controles en frontera	452
9.2.2 Francia: límites a la circulación de tabaco por debajo de los niveles indicativos	455
9.2.3 Italia: descuentos en carburantes para reducir el fuel tourism de los particulares	457
9.2.4 Austria y Finlandia: obligaciones en relación al etiquetado del tabaco	463
9.2.5 Evaluación de las medidas estatales	465
9.3 Otras propuestas	468
9.3.1 El modelo de la IFTA entre EEUU y Canadá: distribución territorial de los impuestos especiales sobre los hidrocarburos	468
9.3.2 El control de la venta de tabaco y alcohol mediante documentos comunes	472
10. CONCLUSIONES	475

Capítulo cuarto 485

Los nichos de competencia fiscal en la fiscalidad de las
personas físicas

1. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS DEL CAPÍTULO	486
2. LA MOVILIDAD DE LOS FACTORES	490
2.1 <i>La movilidad del factor trabajo: un mercado dual</i>	<i>490</i>
2.2 <i>La movilidad del capital. Intereses y dividendos</i>	<i>493</i>
3. EL ESQUEMA DE TRIBUTACIÓN	495
3.1 <i>El criterio de renta mundial como punto de partida</i>	<i>495</i>
3.2 <i>El traslado efectivo de residencia. Límites</i>	<i>498</i>
3.3 <i>El problema de la doble imposición</i>	<i>500</i>
3.3.1 Los métodos para eliminar la doble imposición y la falta de un instrumento común en la UE	500
3.3.2 Las características específicas de las rentas del capital	505
4. LAS DIFERENCIAS DE TRIBUTACIÓN Y LOS RÉGIMENES ESPECIALES EN LA FISCALIDAD DIRECTA Y PERSONAL	513
4.1 <i>Flat tax y dual income tax. La equiparación de la tributación sobre las rentas del capital</i>	<i>514</i>
4.2 <i>La tributación efectiva sobre las rentas del trabajo</i>	<i>521</i>
4.3 <i>Los regímenes de impatriados (expatriados) en la UE</i>	<i>527</i>
4.3.1 Principales argumentos que avalan su aprobación	528
4.3.2 Los regímenes especiales de impatriados en la UE. Un breve análisis comparado	529
4.3.3 El encaje de los regímenes de impatriados con el Derecho de la UE	534
4.4 <i>Otras diferencias significativas: el impuesto sobre el patrimonio y el impuesto sobre sucesiones y donaciones</i>	<i>538</i>
4.4.1 Los impuestos sobre el patrimonio	538
4.4.2 Los impuestos sobre sucesiones y donaciones.....	540
5. CONCLUSIONES	543

Capítulo quinto 551

La fiscalidad societaria. Últimos avances en materia de
competencia fiscal perjudicial. Código de Conducta
y ayudas de Estado

1. DELIMITACIÓN DE LOS OBJETIVOS	552
2. EL CÓDIGO DE CONDUCTA SOBRE FISCALIDAD DE LAS EMPRESAS: UN ANÁLISIS ACTUALIZADO	556
2.1 <i>Enfoque del estudio: evolución de los trabajos del Código de Conducta desde 2006</i>	<i>556</i>
2.2 <i>Resumen de los aspectos fundamentales del Código</i>	<i>559</i>
2.3 <i>El proceso de desmantelamiento y los trabajos del Grupo previos a 2006</i>	<i>562</i>
2.4 <i>El informe de mayo de 2006</i>	<i>565</i>
2.4.1 Continuación con la vigilancia de los compromisos de rollback y standstill	565
2.4.2 Ampliar el ámbito de trabajo del Código de Conducta	566
2.4.3 Funcionamiento interno del Código y los criterios para considerar una medida “perjudicial”	568
2.4.4 Clarificación de la relación con el régimen de Ayudas de Estado	569
2.5 <i>Informes 2006-2012: la evolución del Código de Conducta</i>	<i>570</i>
2.5.1 La continuación de los trabajos en 2006	570
2.5.2 El año 2007	571
2.5.3 El año 2008	573
2.5.4 El año 2009	576
2.5.5 El año 2010	579
2.5.6 El año 2011	583
2.5.7 El año 2012	588
2.6 <i>Presente y futuro del Código de Conducta: una herramienta renovada contra la competencia fiscal perjudicial</i>	<i>594</i>
3. EL RÉGIMEN DE CONTROL DE LAS AYUDAS DE ESTADO	597
3.1 <i>La noción de ayuda de Estado</i>	<i>599</i>
3.2 <i>La selectividad y el beneficio económico: dos criterios en uno</i>	<i>602</i>
3.3 <i>La concesión mediante fondos estatales</i>	<i>609</i>

3.4 <i>La distorsión a la competencia y la afectación a los intercambios comunitarios</i>	613
3.5 <i>La excepción (de la selectividad) por “la naturaleza o economía del sistema fiscal”</i>	614
3.6 <i>La conexión entre el Código de Conducta y el régimen de ayudas de Estado</i>	616
3.7 <i>Los límites intrínsecos del artículo 107.1 TFUE</i>	619
4. CONCLUSIONES	622

Conclusioni 627

CAPITOLO PRIMO: **CONSIDERAZIONI PRELIMINARI SULLA CONCORRENZA FISCALE**627

CAPITOLO SECONDO: **LE CONDIZIONI GENERALI DI SVOLGIMENTO DELLA CONCORRENZA FISCALE NELL'UNIONE EUROPEA**631

CAPITOLO TERZO: **LA CONCORRENZA FISCALE NELLA FISCALITÀ DEL CONSUMO**638

CAPITOLO QUARTO: **LA CONCORRENZA FISCALE NELLA FISCALITÀ DELLE PERSONE FISICHE**.....645

CAPITOLO QUINTO: **LA FISCALITÀ SOCIETARIA. RECENTI SVILUPPI IN MATERIA DI CONCORRENZA FISCALE DANNOSA: CODICE DI CONDOTTA E AIUTI DI STATO**651

Bibliografía657

1. OBRAS COLECTIVAS	657
2. ARTÍCULOS Y MONOGRAFÍAS	659
3. DOCUMENTOS COMUNITARIOS PRINCIPALES	693
4. RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA COMUNITARIA	695
a. <i>Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i>	695
b. <i>Tribunal General de la Unión Europea</i>	698
5. ARTÍCULOS DE PRENSA	698

Tabla de abreviaturas y acrónimos principales

AA.VV.	Autores Varios
CE	Comunidad Europea
CEE	Comunidad Económica Europea
doc.	documento
IIEE	Impuestos Especiales
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
IS	Impuesto sobre Sociedades
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
NEM	Nuevos Estados miembros (los 12 incorporados desde 2004) (BG, CZ, EE, CY, LV, LT, HU, MT, PL, RO, SI, SK)
núm.	número
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OMC	Organización Mundial del Comercio
op. cit.	<i>opere citato</i>
pág. / págs.	página / páginas
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TGUE	Tribunal General de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UE	Unión Europea
	Los 15 Estados que conformaban la UE antes de 2004
UE-15	(BE, DK, DE, IE, EL, ES, FR, IT, LU, NL, AT, PT, FI, SE, UK)

BE	Bélgica	FR	Francia	AT	Austria
BU	Bulgaria	IT	Italia	PL	Polonia
CZ	República Checa	CY	Chipre	PT	Portugal
DK	Dinamarca	LV	Letonia	RO	Rumanía
DE	Alemania	LT	Lituania	SI	Eslovenia
EE	Estonia	LU	Luxemburgo	SK	Eslovaquia
IE	Irlanda	HU	Hungría	FI	Finlandia
EL	Grecia	MT	Malta	SE	Suecia
ES	España	NL	Países Bajos	UK	Reino Unido

Introducción

El 12 de octubre de 2012 la Unión Europea fue galardonada con el Premio Nobel de la Paz por “sus más de seis décadas de contribución al avance de la paz y la reconciliación, la democracia y los Derechos Humanos en Europa”¹. En el fondo, el *timing* no ha podido ser mejor. La crisis en la zona euro ha puesto en entredicho la difícil convivencia de 27 Estados² que, en momentos de zozobra, acuden raudos a proteger sus intereses en detrimento de la solidaridad que caracterizó este proyecto. Un proyecto construido sobre los cimientos de un Estado de Bienestar cuya subsistencia, en último término, depende de la capacidad de los Estados para recaudar tributos.

Sin embargo, las mismas libertades comunitarias que han contribuido al desarrollo de un mercado interior sin barreras, también ponen en riesgo los principios tributarios sobre los que la Unión se edificó. No podemos esperar que su cumplimiento recaiga sobre ciudadanos y empresas que, como sujetos económicos, tratarán de minimizar el impacto fiscal de sus decisiones. ¿Han cumplido estos principios los propios Estados? ¿Ha asumido la Unión este compromiso en su lugar? No y no.

En este contexto, la crisis ha puesto en cuestión la sostenibilidad financiera de algunos Estados por sus altas cifras de déficit y endeudamiento públicos. La principal solución propuesta desde las instituciones comunitarias pasa por un ajuste de las balanzas presupuestarias, principalmente por la vía del gasto, sin apenas ofrecer alternativas para invertir la negativa dinámica de los ingresos tributarios. Nosotros, en cambio, consideramos fundamental que los Estados se rearmen de instrumentos para gravar de manera efectiva las diferentes manifestaciones de capacidad económica.

¹ Palabras del *Norwegian Nobel Committe* en la nota de prensa en que informaba de la concesión del Premio Nobel de la Paz a la Unión Europea. “The Nobel Peace Prize for 2012”, *Norwegian Nobel Committe*, 12 de octubre de 2012.

² En el momento de cierre de este trabajo Croacia ha ratificado ya en referéndum su incorporación a la UE, que está prevista para el 1 de julio de 2013. A lo largo del mismo hacemos referencias frecuentes a una UE con 27 Estados. Rogamos se entiendan estas menciones hechas en el contexto histórico de su desarrollo. En esta línea, tampoco hemos incluido el análisis de Croacia en los diferentes cuadros y estadísticas.

Por desgracia, la construcción europea ha sido asimétrica. La expansión de las libertades comunitarias ha disparado las posibilidades de arbitraje fiscal de los ciudadanos y las empresas³, a la par que debilita progresivamente el poder tributario de los Estados soberanos. Estas posibilidades de arbitraje fiscal actúan como un cuchillo de doble filo. Por un lado, cohíben a los Estados para no sobregravar las manifestaciones de renta más móviles, promoviendo el nacimiento de dinámicas de competencia fiscal⁴ para atraerlas (o simplemente retenerlas); por otro, obligan a los Estados a descargar el peso de la recaudación tributaria sobre figuras más estáticas como el consumo o las rentas del trabajo. El carácter finito de estas figuras, sin embargo, promueve el impulso de fórmulas de cofinanciación de servicios públicos o *copago*. Un término bien empleado porque nuestros dos hemisferios contribuyen: la mano derecha paga el impuesto, la mano izquierda el servicio.

Este es el desesperanzador escenario en el que se enmarcaba el comienzo de esta investigación (peor ahora que cuando la comenzamos, todo hay que decirlo). Desde nuestra posición de investigador novel (con “v”) nos planteamos en un primer momento profundizar en el análisis de este fenómeno de la competencia fiscal entre los Estados miembros a partir de los documentos internacionales y de la extensa y acertada doctrina que había tratado la cuestión. Un debate centrado casi exclusivamente en el ámbito societario y en la concepción perjudicial de esta competencia. Nuestros primeros pasos estuvieron marcados por una sensación: al tapar una grieta se abrían tres más. Es decir, abordábamos una cuestión en constante evolución en la que, no ya solo los Estados, sino los propios agentes, ante cada paso adelante que cercaba un determinado régimen o medida, ideaban nuevos métodos para seguir practicando el arbitraje fiscal. Este va a ser un combate largo. Por ello, antes que atender a los últimos hitos en esta materia, hemos preferido dar un paso atrás y tomar una perspectiva más amplia que nos permitiera conocer

³ Entendemos por arbitraje fiscal la toma de decisiones de los agentes (particulares y empresas) orientada de forma única o fundamental por las diferencias de tributación entre jurisdicciones.

⁴ Entendemos por competencia fiscal, la adopción de medidas concretas por parte de las jurisdicciones para atraer o retener determinadas manifestaciones de arbitraje fiscal. En ocasiones, el arbitraje puede existir de forma aislada a la competencia, porque aunque las jurisdicciones no tengan incentivos para atraerlo, este responde a una lógica individual de cada agente. En toda dinámica de competencia fiscal, en cambio, estará presente el arbitraje.

mejor a nuestro enemigo en todas sus vertientes y así poder armarnos de los instrumentos necesarios para seguir combatiéndolo en un futuro. La libertad y confianza de los codirectores de esta investigación han permitido, en definitiva, que este trabajo sea fruto de una evolución.

No podemos esconder tampoco que apostar por un esquema menos usual nos ha permitido esquivar en parte una permanente *Espada de Damocles*: la ferviente actualidad de la materia. Este hecho se ha puesto de relieve, por ejemplo, con la publicación, en pleno curso de esta investigación, de la importantísima STJUE del 15 de noviembre de 2011, *Gibraltar*, asuntos acumulados C-106/09 y C-107/09. Del mismo modo, imaginen que hubiéramos depositado nuestras esperanzas en la anclada *Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIS)*, de 16 de marzo de 2011, COM (2011) 121 final.

El trabajo que presentamos, por tanto, responde a una metodología particular, dentro de la cual pretendemos que esta investigación constituya su humilde punto de partida, conscientes como somos de que, por ahora, abrimos más ventanas de las que podemos cerrar. En el fondo, si una idea impregna este trabajo es que la UE y la competencia fiscal están indisolublemente unidas. Las personas y las empresas, como *homo economicus*, siempre buscarán su beneficio y, por tanto, el arbitraje fiscal siempre será una posibilidad en una Unión con 27 poderes tributarios nacionales (y creciendo). Paralelamente, la confluencia de diferentes factores podrá promover que, en presencia de este arbitraje, los Estados miembros adopten medidas para hacer más atractiva su posición en el complejo contexto global.

Para la elaboración de este trabajo hemos recurrido a los instrumentos habituales de cualquier investigación que tenga como trasfondo el Derecho de la Unión y en particular del Derecho Tributario Europeo. En primer lugar, hemos acudido a las fuentes originarias: los Tratados (fundamentalmente TUE y el TFUE), las Directivas, los diferentes documentos de la Comisión (Comunicaciones, Informes, Propuestas, etc.) y, por supuesto, la jurisprudencia del TJUE, vital ante la inmovilidad de los Estados en el Consejo. Paralelamente, nos hemos servido de la abundante doctrina jurídica que ha

sido capaz de explicar con sentido crítico la evolución y los retos de la construcción europea.

Como cierta novedad, tras exponer en el primer capítulo las principales teorías económicas en torno al nacimiento y funcionamiento de la competencia fiscal, hemos dado protagonismo a la doctrina económica. Por una parte, estos estudios (al margen de nuestras reservas respecto al empleo de modelos para explicar la realidad) aportan construcciones e ideas que expanden nuestro horizonte y fomentan nuestra visión crítica; por otra, además de haberse ocupado profusamente del fenómeno de la competencia fiscal en todas sus vertientes, contienen estudios empíricos y estimaciones de gran rigor científico que pueden contribuir a sustentar nuestros argumentos jurídicos. Por tanto, lejos de tópicos, hemos acogido en esta investigación planteamientos teóricos que no tenemos por qué compartir pero que constituyen una vertiente capital de la fiscalidad que no podemos desconocer.

La investigación parte de una concepción amplia de la competencia, que entendemos como un fenómeno inherente a la propia fiscalidad europea. Abordamos de este modo tres manifestaciones diferentes de la competencia: fiscalidad indirecta, fiscalidad directa de las personas físicas y fiscalidad societaria. Antes de afrontar este estudio, sin embargo, creemos imprescindible realizar un acercamiento al significado semántico, jurídico y económico de la competencia fiscal, objetivo al cual hemos dedicado el capítulo primero. En el mismo, haremos hincapié en las teorías económicas citadas y en los efectos que este fenómeno ha podido tener sobre las estructuras tributarias de los Estados miembros.

En el capítulo segundo, pretendemos identificar las condiciones que promueven el nacimiento de las dinámicas de competencia fiscal entre los Estados miembros. Ya podemos adelantar que un factor fundamental serán las óptimas condiciones para el desarrollo de arbitraje fiscal que ofrece el marco jurídico de la UE, en especial la interpretación expansiva de las libertades comunitarias realizada por el TJUE y el reducido espacio de maniobra que esta jurisprudencia deja a los Estados para combatir las estrategias fiscales más agresivas, especialmente la transferencia de beneficios empresariales a otros Estados miembros. En definitiva, el objetivo de este segundo capítulo será

ofrecer los instrumentos para poder evaluar de forma más pausada en los siguientes capítulos qué nichos de competencia fiscal existen en los diferentes ámbitos de la fiscalidad comunitaria.

En este sentido, el capítulo tercero constituye un magnífico campo de pruebas, pues las posibilidades de competencia fiscal en el ámbito de la fiscalidad indirecta y sus efectos sobre el mercado interior han pasado bastante desapercibidos para la doctrina. A priori, la avanzada armonización de la fiscalidad indirecta debería dejar poco espacio para la competencia fiscal (donde acaba la armonización empieza la competencia y viceversa). Sin embargo, hasta que no realicemos un análisis sobre el funcionamiento y la realidad del IVA comunitario y los Impuestos Especiales, no estaremos en condiciones de señalar si existen o no nichos de competencia fiscal en la fiscalidad del consumo. Del mismo modo, aunque no se confirme la presencia de competencia fiscal, aun será interesante atender a la posible influencia del arbitraje fiscal sobre el mercado interno y sobre las políticas sanitarias y medioambientales de los Estados miembros.

En el capítulo cuarto extrapolamos el esquema de nuestro estudio a la fiscalidad directa de las personas físicas. En este ámbito las cartas están mucho más claras. La proliferación de *flat tax* en los NEM tiene como contraparte dos medidas muy extendidas en la UE-15 con el objetivo de mitigar la progresividad de los sistemas tributarios clásicos: la aprobación de *dual income tax*, con una tributación eminentemente proporcional de las rentas sobre el capital y la creación de regímenes especiales de impatriados bajo el argumento de atraer “talento”. Lejos de apriorismos, concebimos la competencia fiscal en un sentido práctico, por ello, examinaremos estas medidas y sus efectos al hilo de la realidad comunitaria. De hecho, no podemos estar en un momento más crítico. En el contexto de la crisis económica un gran número de Estados, enarbolando la siempre rentable (políticamente) bandera de la solidaridad, han incrementado la presión fiscal sobre las rentas más elevadas. Los efectos no se han hecho esperar y Estados como Francia han

comenzado a ver desfilar algunas grandes fortunas con destino a Estados de menor tributación⁵. *C'est la vie*.

Finalmente, el capítulo quinto pretende reconciliarnos en cierta medida con la doctrina jurídica clásica de la competencia fiscal, pues reconoce el papel de los trabajos en relación a la fiscalidad societaria que han precedido esta investigación. Resulta obvio que este asunto merecería una atención detallada en cualquier estudio de la competencia fiscal, pues ha sido y será su principal motor. El aciertp de esta doctrina nos ha liberado de ataduras y ha contribuido a dotar a este trabajo de unas señas de identidad propias. Siempre resulta peligrosa una investigación que tiene como eje una cuestión de rabiante actualidad y sobre la que existen muchas y magníficas páginas de aportaciones doctrinales. Aparte de enemigas, no obstante, las novedades institucionales también pueden ser las aliadas de una investigación cuando, como en este caso, sirven para reafirmar su oportunidad e interés. El análisis de la evolución de los trabajos del Grupo del Código de Conducta que realizamos en este capítulo es la mejor muestra de ello.

Tras haber pasado a un segundo plano, este instrumento de *soft law* parece rehacerse a sí mismo y ha introducido en su agenda de los últimos años algunos de los aspectos más candentes de la fiscalidad comunitaria (normas antiabuso, relaciones con terceros Estados, situaciones de doble no imposición, etc.). Si tenemos en cuenta que su *alter ego* en la lucha contra la competencia fiscal perjudicial, el régimen de ayudas de Estado aplicado por la Comisión, ha recibido recientemente un importante espaldarazo a través de la citada STJUE del asunto *Gibraltar*, podemos considerar que la lucha contra la competencia fiscal perjudicial vuelve a la primeras páginas de la actualidad. Buena muestra de ello es la reciente Comunicación de la Comisión de 6 de diciembre de 2012: *Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal*, COM (2012) 722/2.

Aun así, reivindicamos que la doctrina no solo debe atender a los movimientos institucionales. Otro engranaje fundamental de nuestro trabajo

⁵ “Gérard Depardieu huye a Bélgica. El actor se suma a la lista de artistas como Alain Delon, Emmanuelle Béart y Johnny Hallyday que dejan Francia por sus altos impuestos”, *El País*, 10 de diciembre de 2012.

debe ser responder con criterio, medida y didáctica a las principales preocupaciones sociales sobre nuestra materia. En el contexto de la crisis económica, por ejemplo, las ridículas cifras de tributación de las grandes multinacionales han acentuado la crítica social contra las estrategias de ingeniería fiscal (“legales pero inmorales”⁶) puestas en práctica por algunas de las empresas que nos han abierto el mundo: Google, Amazon, Apple, etc.

Sin embargo, ¿de qué nos extrañamos? Algunas de estas multinacionales manejan recursos superiores a muchos Estados y éstos han acabado plegándose a sus intereses para configurar un mundo a su medida. Un mundo en el que la eliminación de fronteras y la complejidad normativa sólo benefician a aquellos con poder para explotarlas. En este difícil marco, emplearemos nuestros esfuerzos en situar al Derecho Tributario y a sus olvidados principios, que contribuyeron a edificar la Europa del Nobel de la Paz, en el lugar que les corresponde.

Aunque cerremos aquí el objeto de este trabajo, queremos dejar constancia de que continuaremos en esta línea de investigación, puesto que el cometido de esta tesis era, como nuestro primer gran trabajo de investigación, sembrar un campo yermo para, poco a poco, ir recogiendo los frutos. Desde luego, nos ha servido para conocer mejor nuestros límites, nuestras virtudes y defectos. Lejos de pretender aportar nada, sirva esta tesis doctoral como muestra de nuestra voluntad por aportarlo, de nuestro esfuerzo y honestidad en el trabajo. Por nuestra parte, nos conformamos con que en el futuro al releer estas páginas siempre recordemos todo lo que esta tesis doctoral nos ha enseñado. Comencemos.

⁶ “We’re not accusing you of being illegal, we are accusing you of being immoral”. Frase pronunciada por la presidenta del Public Accounts Committee del Parlamento Británico, Margaret Hodge, dirigiéndose a Matt Brittin (director de operaciones de Google en el Norte de Europa) durante la comparecencia en que este defendía la legalidad de las operaciones realizadas por su compañía para minimizar la tributación y que lo ha llevado a tributar menos de un 4% sobre los beneficios generados fuera de Estados Unidos: “Like any company you play by the rules [and] manage costs efficiently to offer fair value to shareholders”. Véase: “Amazon, Google and Starbucks accused of diverting UK profits”, *The Guardian*, 12 de noviembre 2012.

Capítulo primero

Consideraciones preliminares acerca de la competencia fiscal

“The proprietor of stock is properly a citizen of the world, and is not necessarily attached to any particular country. He would be apt to abandon the country in which he was exposed to a vexatious inquisition, in order to be assessed to a burdensome tax, and would remove his stock to some other country where he could either carry on his business, or enjoy his fortune more at his ease”.

Adam Smith, (1776) *An inquiry into the nature and causes of the wealth of a nation*.

SUMARIO: 1. OBJETIVOS DEL CAPÍTULO.- 2. LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LA COMPETENCIA FISCAL.- 2.1 El concepto de competencia en la competencia fiscal.- 2.2 La delimitación de la competencia fiscal respecto a otros conceptos.- 2.2.1 La competencia perfecta: un modelo ideal e imposible.- 2.2.2 La competencia institucional, un término más adecuado.- 2.2.3 La competencia entre ordenamientos y sus límites.- 2.2.4 La competencia fiscal como competencia entre jurisdicciones.- 3. LA COMPETENCIA ENTRE JURISDICCIONES, EL MARCO DE LA COMPETENCIA FISCAL.- 3.1 Los diferentes objetos de la competencia.- 3.2 La competencia horizontal y vertical.- 3.3 La competencia activa y la competencia implícita o pasiva. El proceso de competencia.- 3.4 La construcción de la competencia fiscal.- 4. TEORÍAS ECONÓMICAS EN TORNO A LA COMPETENCIA FISCAL.- 4.1 Notas preliminares.- 4.2 El modelo de Tiebout (1956): la primera piedra de la teoría sobre la competencia fiscal.- 4.3 Oates: la base teórica para un cambio de modelo (1972).- 4.4 El modelo básico de competencia fiscal: Zodrow y Mieszkowski (1986).- 4.4.1 Las premisas del modelo básico.- 4.4.2 Completando el modelo básico.- 4.4.3 Conclusiones del modelo básico.- 4.5 Alternativas al modelo básico: la economía geográfica y el Estado Leviatán. Siguiendo a un Nobel.- 4.5.1 La nueva geografía económica.- 4.5.2 La teoría de la elección pública (*Public Choice*) y el Estado Leviatán.- 4.6 El análisis del cross-border shopping. Un posible foco de competencia fiscal.- 4.6.1 Justificación de su estudio.- 4.6.2 El modelo de Kanbur y Keen.- 4.6.3 Consideraciones adicionales al modelo de cross-border shopping.- 4.7 La utilidad de las teorías económicas.- 5. LA IDENTIFICACIÓN DE LA COMPETENCIA FISCAL PERJUDICIAL.- 5.1 Características del proceso de competencia fiscal:

¿asimétrica y perjudicial?.- 5.2 La identificación de la competencia fiscal “perjudicial”.- 5.3 ¿Qué es competencia fiscal perjudicial y qué no?.- 5.4 La identificación de la competencia fiscal perjudicial. Las medidas generales en el punto de mira.- 6. LOS EFECTOS DE LA COMPETENCIA FISCAL.- 6.1 Fiscal degradation o pérdida de ingresos fiscales.- 6.2 Cambio en la estructura tributaria o tax-mix.- 6.3 La eficiencia en la distribución de los recursos.- 6.4 La limitación del poder tributario del Estado.- 7. CONCLUSIONES

1. OBJETIVOS DEL CAPÍTULO

El objeto de nuestro estudio es analizar el avance y los nuevos retos en el campo de la lucha contra la competencia fiscal en la Unión Europea. Para abordarlo con la perspectiva necesaria, en este primer capítulo concentraremos una serie de aproximaciones teóricas imprescindibles para comprender mejor la dimensión del objeto central de nuestro estudio.

Con este propósito, comenzaremos con un análisis secuencial del concepto de competencia fiscal que nos permitirá concretar la definición que emplearemos a lo largo de este trabajo. La construcción de esta definición exige que identifiquemos por separado la posición de las jurisdicciones y de las empresas y particulares que intervienen en los procesos de competencia fiscal. Como observaremos, el germen de la competencia fiscal son las posibilidades de arbitraje fiscal que conceden los ordenamientos a estas empresas y particulares.

Este concepto de arbitraje fiscal, sobre el que profundizaremos en el segundo capítulo, será fundamental a lo largo de este trabajo, pues entendemos que la competencia fiscal solo se desarrollará, como una segunda fase dentro de una situación de arbitraje fiscal, cuando existan una serie de circunstancias que permitan a las jurisdicciones beneficiarse de algún modo del proceder de particulares y empresas. En este sentido, adoptamos el término arbitraje fiscal para referirnos a la toma de decisiones de los agentes (particulares y empresas) orientada de forma única o fundamental por la diferencias de tributación entre jurisdicciones¹.

¹ El empleo de este término concreto para hacer referencia a esta libertad de elección por el sujeto resulta en cierta medida de una traducción plausible de la expresión *tax arbitrage* del

Posteriormente, presentaremos las principales teorías económicas que tratan de explicar el origen y los efectos de la competencia fiscal. Dado que nos enfrentamos a una doctrina bastante polarizada, este breve estudio nos ayudará a conocer los argumentos, tanto de los partidarios como de los detractores de la competencia fiscal; la compleja realidad nos obligará a saber identificar la presencia imperante de unos factores u otros en cada caso. Esta misma complejidad nos hará cuestionarnos la simplificación de la realidad inherente a cualquier modelo; sin embargo, este hecho no nos debe impedir afrontar el estudio de la cuestión con una triple perspectiva: económica, empírica y jurídica; lo que nos evitará caer en afirmaciones vagas o alarmistas.

Por último, para concluir este capítulo con tintes introductorios, creemos fundamental realizar una mínima exposición de los motivos que llevan a la doctrina, nosotros incluidos, a ocuparse del estudio de la competencia fiscal. El punto de partida común de la mayoría de los trabajos y el origen de la preocupación institucional es la identificación de una vertiente *perjudicial* de la competencia fiscal. El contraste entre las diferentes posiciones doctrinales y la constatación de los efectos de esta competencia sobre la estructura tributaria de los Estados ocuparán la parte final de este primer capítulo.

Por último, en las conclusiones expondremos las consideraciones realizadas para contextualizar este trabajo, así como el concepto de competencia que emplearemos a lo largo del mismo.

inglés. Una expresión esta de tax arbitrage que para *The Economist*, con un claro sesgo financiero, significa: "Creating financial instruments or transactions that allow the parties involved to exploit loopholes in or differences between their tax exposures, so that all involved pay less tax". El empleo del término arbitraje en nuestro idioma en este sentido es poco común; sin embargo estaría admitido por nuestra Real Academia. De hecho, la primera acepción del término arbitraje es: "Acción o facultad de arbitrar". El verbo arbitrar en su segunda acepción muestra ya a las claras la conexión con el uso que nosotros damos al término: "Dicho de una persona: Proceder libremente, usando de su facultad y arbitrio". Por si quedara alguna duda, la primera acepción del término arbitrio refrenda su empleo en este contexto: "Facultad que tiene el hombre de adoptar una resolución con preferencia a otra". En italiano, en cambio, el término equivalente a arbitraje, *arbitraggio*, sería incorrecto ya que, al contrario que en español, no es siempre la acción del verbo *arbitrare*, que sí tiene el significado de: "Decidere o agire di proprio arbitrio". El término que emplearemos en italiano sería, por tanto, *arbitrio*, que sí tiene esta acepción: "Piena facoltà di scelta nel giudicare e nell'operare da parte del soggetto". Así se recoge en el verso 140 del Canto XXVII del Purgatorio de la Divina Comedia de Dante: "libero, dritto e sano è tuo arbitrio,". ALIGHIERI, D., *La Divina Comedia*, 1304-1321.

2. LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LA COMPETENCIA FISCAL

2.1 El concepto de competencia en la competencia fiscal

El primer paso para profundizar en el concepto de competencia fiscal será concretar el concepto de *competencia* que se emplea para referirse a este fenómeno. Partiendo de su proyección internacional, creemos que resulta clave examinar si la terminología empleada en otros idiomas puede complementar o desvirtuar el concepto castellano de uso común.

La competencia fiscal es, en primer lugar y ante todo, competencia. Aunque exista una percepción popular o común de este término, es importante delimitar qué acepción de la palabra se emplea para conceptualizar la competencia fiscal; solo así estaremos en condiciones de abordar con profundidad su alcance y contenido. Por ello, comenzaremos por aislar semánticamente el término *competencia* para observar cuál es su papel en esta ecuación.

En castellano, aunque la RAE ofrece varias definiciones de la palabra competencia², las tres primeras son las más cercanas al objeto de nuestro estudio³:

² A la hora de hablar del término *competencia* en castellano debemos tener en cuenta, aparte de su carácter polisémico (como sustantivo proveniente del verbo competir), que existe otra palabra homónima: *competencia* como derivada del verbo *competere* (pertenecer, tocar o incumbir a alguien). Esta homonimia se debe a que ambos verbos proceden del verbo latino *competere*, originalmente con el significado de “dirigirse juntamente”, “ir al encuentro”. Formado por la partícula com- (con) en conjunción con el verbo *petere* (dirigirse, pedir). Esta diferencia entre los verbos es exclusiva del castellano tal y como apunta COROMINAS J. y PASCUAL J. A., *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, Gredos, Madrid, 1981, pág. 457. Aunque hasta el siglo XV se había observado el uso de ambos verbos indistintamente (CUERVO, R. J., *Diccionario de construcción y régimen de la lengua castellana*, Herder Editorial, Barcelona, 1998, pág. 268), el propio Antonio de Nebrija separa ambos conceptos en su *Vocabulario Hispano-Latino* cuya edición *princeps* data, en principio, de 1495 (COROMINAS J. y PASCUAL J. A., “Diccionario...” *op. cit.*, pág. 457 y NIETO JIMÉNEZ, L. y ALVAR EZQUERRA, M., *Nuevo tesoro lexicográfico del español*, Arco Libros, Madrid, 2007, págs. 2731-2732). Esta homonimia de la palabra no se da en otros idiomas como el inglés, el italiano o el francés, por poner algunos

1. f. Disputa o contienda entre dos o más personas sobre algo.
2. f. Oposición o rivalidad entre dos o más que aspiran a obtener la misma cosa.
3. f. Situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio.

Obviamente, podemos apreciar que el componente de rivalidad o disputa es común a todas estas acepciones. Sin embargo, consideramos interesante plantearnos si la competencia fiscal adopta como referencia para su construcción las acepciones genéricas de competencia (las dos primeras) o si, por el contrario, se estructura a partir del modelo base de la competencia empresarial plasmado en la tercera. En este sentido, resulta de gran ayuda atender a la terminología empleada en otros idiomas para referirse al propio fenómeno de la competencia fiscal. Para no hacer interminable esta introducción semántica, nos centraremos en tres idiomas cercanos: el italiano, el francés y el inglés.

Si empezamos por el idioma de Shakespeare, constatamos que el término empleado es *tax competition*. Pues bien, aunque la palabra *competition* en inglés tiene evidentemente el mismo antecedente latino que el castellano (*competere*) su significado es aparentemente diferente⁴. De este modo, el término *competition* únicamente comparte con el castellano una acepción, la relativa a la competencia empresarial. En concreto, esta reza: “*rivalry in the market, striving for custom between those who have the same commodities to dispose of*”⁵. El empleo en lengua inglesa de un

ejemplos. En estos idiomas las dos acepciones de la palabra castellana *competencia* corresponderían a palabras diferentes: *competition-competence*, en inglés; *concorrenza-competenza*, en italiano; o *concurrence-competence* en francés.

³ Entrada del término *competencia*, Diccionario de la Lengua Española – Vigésima segunda edición, Real Academia Española. Versión en línea. Última consulta, 15 de julio de 2012.

⁴ El resto de acepciones propias del castellano, en el sentido más común del término *competencia*, estarían comprendidas en otras palabras como *competency* o *competence*. Véase: *The Oxford English Dictionary*, preparado por: J. A. Simpson y E. S. C. Weiner, Segunda Edición, Clarendon Press, Oxford, Nueva York, 1991, pág. 603.

⁵ Definición de *competition*, acepción 1 b) en: *Ibidem*, pág. 604.

término tan moderno (de hecho la primera utilización del término *competition* para referirse a esta rivalidad comercial data de 1793⁶) y tan específicamente comercial contribuye sensiblemente a delimitar qué acepción del castellano está integrada dentro de la competencia fiscal.

Respecto al francés y el italiano, parecería lógico a priori realizar un análisis conjunto de los términos empleados en ambos idiomas *concurrence fiscale* y *concorrenza fiscale*, ya que ambos provienen de una misma raíz: el verbo latín *concurrere*⁷ (acudir, reunirse en un punto). Sin embargo, su evolución ha sido diferente.

En italiano, la palabra *concorrenza* deriva directamente del verbo italiano *concorrere*, que hasta el siglo XVI tuvo significados muy ligados a su raíz latina (participar, ponerse de acuerdo, acudir a un punto...). Ya en 1507⁸, sin embargo, existen autores que atestiguan el empleo del término *concorrentia* (que derivaría después tipográficamente en la actual *concorrenza*) en el sentido de competitividad entre productores, acepción que se adaptó también posteriormente al verbo *concorrere*. De este modo constatamos cómo en italiano el término empleado para hacer referencia a la competencia fiscal, a pesar de derivar de una palabra que tiene entre sus acepciones “cooperar” o “contribuir”⁹, tiene un origen también puramente vinculado a la competición comercial. Este hecho vuelve a reforzar el empleo de parámetros de la competencia empresarial para la construcción de la competencia fiscal¹⁰.

⁶ En el escrito original de John Bentham “Emancipate your colonies”, de 1793, el autor indicó: “From high profits in trade comes an influx of traders - from an influx of traders, competition among traders - from competition among traders, reduction of prices”; véase: BOWRING, J., *The Works of Jeremy Bentham*, William Tait, Edimburgo, 1838, pág. 412.

⁷ PICOCHET, J., *Dictionnaire étymologique du français*, Le Robert, 2002, París, pág. 463; y CORTELAZZO, M. y ZOLLI, P., *Il nuovo etimológico : DELI-dizionario etimológico della lingua italiana*, Zanichelli, Bolonia, 1999, págs. 373-374.

⁸ TROVATO, P., *Con ogni diligenza corretto*, Mulino, Bolonia, 1991, pág. 46, nota 53.

⁹ DEVOTO, G. y OLI, G. C., *Il Dizionario della lingua italiana*, Le Monnier, Florencia, 2000, pág. 481.

¹⁰ En italiano, el equivalente a la acepción genérica del castellano competencia (en el sentido de lucha por algo) sería *competizione*, con el mismo origen semántico que la palabra española. El término *concorrenza*, aunque con origen diverso, es el empleado casi exclusivamente para hacer referencia a la competencia comercial.

El caso del francés, en cambio, es ligeramente diferente, ya que el término *concurrence* no deriva de un verbo, sino del sustantivo *concurrent*, que eso sí, compartía en un primer momento el significado del original latino *concurrere* (acudir juntos). A partir del siglo XVI¹¹ se documenta el uso de *concurrence* en el sentido de rivalidad entre dos o más personas y en el siglo XVII se consolida su empleo para hacer referencia a la rivalidad comercial¹².

De esta breve exposición etimológica podemos extraer una clara conclusión: los términos empleados para conceptualizar el fenómeno de la competencia fiscal en los diferentes idiomas analizados coinciden con los utilizados para calificar la competencia comercial o empresarial. A primera vista, por tanto, el término de *competencia* presente en la competencia fiscal se entiende como una especialidad de la tercera acepción de nuestro diccionario (equivalente a la de los otros idiomas): “Situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio”.

Antes de continuar, no queremos dejar de destacar el papel protagonista que adquieren los matices del lenguaje a la hora de abordar la problemática en torno al estudio de un concepto. Nuestro trabajo, por ejemplo, está construido sobre la base de la competencia fiscal, un término ambiguo y con un desarrollo doctrinal polarizado entre partidarios y detractores, como veremos a continuación. En otros escenarios, en

¹¹ Por primera vez en la traducción de Jacques Amyot (1559) a la obra de Plutarco *Deux vies parallèles*. También lo emplea Molière en su comedia *L'Avare*, que data de 1668: “*Un fils qui veut entrer en concurrence avec son père*”, acto IV, 4. Véase: *Dictionnaire de la langue française*, Émile Littré, 1872-1877.

¹² Concretamente en 1648 en la *Délibération de la salle de Saint-Louis*, de 16 de julio de 1648, tal y como recoge LEVASSEUR, E., *Histoire des classes ouvrières et de l'Industrie en France avant 1789*, 2ª edición, tomo 2, 1901, pág. 201, nota 2. Resulta destacable en relación al francés que existe un verbo específico para hacer referencia al ejercicio de la competencia comercial: *concurrencer*; mientras que con carácter genérico el equivalente al castellano competir es el verbo *concourir*. Véanse las respectivas acepciones en: *Le nouveau Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, texto actualizado bajo la dirección de Josette Rey-Debove y Alain Rey, Dictionnaires Le Robert, Paris, 2007, págs. 496-497.

cambio, el mismo fenómeno ha recibido apelativos con claros sesgos negativos, como *tax war*¹³ o *guerra fiscal*¹⁴.

En nuestra opinión, el lenguaje importa; el término que empleemos para dar nombre a nuestro objeto de estudio puede condicionar nuestra capacidad para ser imparciales en su análisis.

2.2 La delimitación de la competencia fiscal respecto a otros conceptos

Una vez que hemos observado el empleo común de la competencia comercial como punto de partida para el estudio de la competencia fiscal es imprescindible profundizar en las diferencias y similitudes entre ambos conceptos. Este contraste es básico para plantearnos el empleo de teorías y principios económicos aparentemente compartidos pero cuya aplicación debe ser convenientemente meditada. De hecho, este ha sido un debate habitual en la doctrina, que se encuentra claramente dividida entre los partidarios y detractores de la extrapolación al ámbito fiscal de los parámetros y modelos empleados para evaluar la competencia comercial.

Entre las voces más críticas, podemos encontrar los argumentos de MARTÍN LÓPEZ¹⁵ o VANISTENDAEL¹⁶, que se preocupan en subrayar algunos

¹³ El término inglés *tax war* se ha venido empleando de modo recurrente por la opinión pública norteamericana para hacer referencia a la actividad de los paraísos fiscales que, combinando la falta de transparencia con regímenes tributarios muy ventajosos, “have, in effect, declared war on honest U.S. taxpayers”. Palabras de Carl Levin, senador demócrata por Michigan desde 1979. Véase en su sitio oficial: “Permanent Subcommittee on Investigations Issues Report On Offshore Tax Haven Abuses That Cost U.S. Taxpayers Over \$40 Billion Each Year”, martes 1 de agosto de 2006, levin.senate.gov. Última consulta: 18 de julio de 2012.

¹⁴ La expresión *guerra fiscal* (en portugués) se ha popularizado en Brasil para dar nombre a la fuerte lucha entre los estados de su federación para atraer la localización de inversiones privadas. Véase: VARSANO, R., “A guerra fiscal do ICMs : quem ganha e quem perde”, *Planejamento e Políticas Públicas*, núm. 15, junio, 1997, págs. 13-18; PIRES CALCIOLARI, R., “Aspectos jurídicos da guerra fiscal no Brasil”, *Cadernos de Finanças Públicas*, núm. 7, 2007, págs. 5-29.

¹⁵ “La argüida equiparación de la competencia fiscal entre Estados a la competencia que tiene lugar en el mercado entre las empresas del sector privado – y por tanto, la atribución a aquélla, *mutatis mutandis*, de las beneficiosas consecuencias que se desprenden de esta última – resulta de todo punto inadmisibles, atendiendo al modo en que dicha competencia fiscal se

de los caracteres propios de la competencia fiscal que dificultan esta comparación. No debe resultarnos extraño que los juristas sean la doctrina más reacia a equiparar el poder tributario del Estado a una suerte de mercado. En opinión de la mayoría de este sector de la doctrina, el sistema tributario debe regirse antes por principios jurídicos que por criterios económicos como la eficiencia.

En el banco contrario, encontramos la postura de autores con planteamientos más económicos como BRACEWELL-MILNES¹⁷ o MCLURE¹⁸, que advierten del peligro de no someter la actividad financiera del Estado a controles y exámenes equivalentes a los de una economía de mercado.

2.2.1 La competencia perfecta: un modelo ideal e imposible

El modelo básico e ideal propugnado por la teoría económica es el de competencia perfecta, en el que el mercado debe reunir una serie de características¹⁹:

desenvuelve". MARTÍN LÓPEZ, J. *Competencia fiscal perjudicial y Ayudas de Estado en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 44-46.

¹⁶ "The notion of tax competition between countries as such is totally alien from the notion of market competition between business enterprises. States as such are not in the market for selling their products. States are exercising their political authority by collecting revenue to finance their public services (...) there is no relationship between the volume or quality of the public services and the price paid for it in the amount of tax due". Véase: VANISTENDAEL, F., "Janus with Two Faces, or the Many Faces of Taxation", en AA.VV., *Liber Amicorum Sven-Olof Lodin*, directores: Krister Andersson, Peter Melz y Christer Silfverberg, Series of International Taxation, Kluwer Law International, La Haya, 2001, pág. 292.

¹⁷ El autor se cuestiona: "If competition between firms and individuals is good, almost without exception or qualification, how can competition between governments be bad?". Véase: BRACEWELL-MILNES, B., "Tax Competition: Harmful or Beneficial?", *Intertax*, núm. 27-3, 2000, pág. 86.

¹⁸ "Competition among governments should produce the same kinds of benefits in the public sector that we commonly associate with competition among private firms". MCLURE, C. E., "Tax Competition: is what's Good for the Private Goose also Good for the Public Gander", *National Tax Journal*, Vol. 39, 1986, pág. 341.

¹⁹ Aparte de las características del mercado, la competencia perfecta parte de dos apriorismos respecto a los agentes intervinientes. Estos deben ser individualistas, es decir, adoptar las decisiones que maximicen su utilidad sin tener en cuenta su efecto en los demás y, además, ser racionales, de modo que persigan fines coherentes entre sí y empleen los medios

- a) Atomización de los agentes (tanto en el lado de la oferta como en el de la demanda) para que ninguno tenga poder de mercado para influir en la fijación del precio.
- b) Los bienes o servicios ofrecidos son homogéneos.
- c) Información perfecta y gratuita sobre todos los aspectos de la transacción.
- d) Ausencia de barreras de entrada o salida a los agentes y de restricciones al libre funcionamiento del mercado.

De cumplirse estas condiciones ideales, estaríamos en presencia de un mercado perfectamente competitivo²⁰, en el que existiría un único precio de mercado por cada bien o servicio y una eficiencia máxima en el empleo de los recursos, alcanzando el conocido como óptimo de Pareto en relación al bienestar de todos los agentes, de modo que ninguno podría mejorar su situación sin perjudicar a otro.

Este modelo ideal, sin embargo, no encuentra reflejo en casi ningún tipo de mercado, principalmente porque siempre existen agentes con poder de mercado, así como costes o asimetrías en el acceso a la información. Se generan de este modo *fallos de mercado* que obligan a aceptar la concepción de *competencia imperfecta* como el estado normal de funcionamiento del mercado y la sociedad, lo que impide adoptar plenamente los parámetros de mercado y competencia barajados por los teóricos de la competencia perfecta²¹.

adecuados para su consecución. TORRES LÓPEZ, J., *Economía Política*, Pirámide, Madrid, 2002, págs. 93-97.

²⁰ MOCHÓN, F., *Economía. Teoría y Política*, McGraw-Hill, Madrid, 2000, pág. 173: “Un mercado es perfectamente competitivo cuando hay muchos vendedores, pequeños en relación con el mercado, el producto es homogéneo, los compradores están perfectamente informados, existe libre entrada y salida de empresas y las decisiones, tanto de los oferentes como de los demandantes, son independientes”. Más escuetamente, MANKIW, G., *Principios de Economía*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pág. 60: “Un mercado competitivo es aquel en el que hay muchos compradores y vendedores, por lo que cada uno ejerce una influencia insignificante en el precio de mercado”.

²¹ En este sentido: DOS SANTOS, A. C., *L'Union européenne et la regulation de la concurrence fiscale*, Bruylant, París, 2009, pág. 18. El ideal de competencia perfecta permite la modelización matemática de las decisiones económicas sobre la base de problemas de optimización por lo

La ruptura del marco ideal, sin embargo, no debe ser óbice para identificar y aislar las prácticas de competencia saludables de aquellas perniciosas. Así, una sana competencia en un mercado imperfecto aunque equilibrado puede estimular la innovación, mejorar la productividad y fomentar la reducción de costes y precios. En el lado contrario, la protección frente al poder de mercado de algunos agentes o la competencia basada en la reducción de estándares de calidad o seguridad puede obligar incluso a la intervención de las autoridades a distintos niveles, con el fin de salvaguardar las condiciones de funcionamiento del mercado²².

Si una conclusión podemos extraer de este punto es que la competencia empresarial es una realidad compleja que no puede ser apriorísticamente considerada siempre como buena o mala. Desde el punto y hora que la competencia fiscal es un fenómeno paralelamente complejo, no debemos renegar sistemáticamente de los elementos ofrecidos por la perspectiva comercial para entender y profundizar en el estudio de la competencia fiscal. Esto no significa que nos pleguemos a los postulados de la teoría económica más radical, sino que asumimos que la competencia fiscal puede tener manifestaciones con objetivos y resultados muy próximos, que permitan en ocasiones el empleo de instrumentos y herramientas comunes. De hecho, en ambos casos se ha observado la

que replantearse su existencia obliga a reflexionar sobre la utilidad real de los modelos basados en este método.

²² Un ejemplo claro es la intensa regulación de la Unión Europea en materia de competencia, contenida en el actual Capítulo I del Título VII del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, (TFUE en adelante), artículos 101-109, como instrumento para garantizar las condiciones de desarrollo del mercado interior. Entre estos preceptos encontramos, aparte de las disposiciones aplicables a las empresas (en contra de la adopción de acuerdos colusorios, por ejemplo) la regulación de las ayudas de Estado, régimen que se ha empleado como instrumento de lucha contra la competencia fiscal perjudicial. Estos artículos permanecen prácticamente invariables desde las primeras versiones de los Tratados. De hecho, en la doctrina, partiendo de la ubicación sistemática de los preceptos sobre armonización de las legislaciones y de las disposiciones fiscales a continuación de estos artículos sobre la competencia (ya en la primera versión del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea en 1957), se han incluido todos dentro de una concepción amplia de competencia. Véase: KAPTYEN, P. J. G. y VERLOREN VAN THEMAAT, P., *Introduction to the Law of the European Communities*, Tercera edición, dirigida y revisada por Laurence W. Gormley, Kluwer Law International, Londres, 1998, págs. 773-774. Para estos autores "competition policy, as set out in the scheme of the EC Treaty and in its work, forms the bridge between de five freedoms and the coordination or making common of Community economic policy, and the Community's flanking and sectoral policies".

necesidad de intervención por parte de una autoridad que ponga límites a la actuación de los intervinientes en el *juego fiscal*.

2.2.2 La competencia institucional, un término más adecuado

Tal y como compiten las empresas entre ellas también lo hacen los gobiernos²³. De hecho, están en competencia desde el mismo momento en que las personas, las empresas o los capitales pueden emigrar a otras jurisdicciones, motivo que hace peligrar el objeto sobre el que ejercer el propio poder normativo²⁴. En puridad, su objetivo no es la venta de bienes y servicios sino la conservación o atracción de inversiones, que condicionarán la actividad económica y su propia recaudación. Con este objetivo, las jurisdicciones emplearán todos los instrumentos a su disposición.

Observamos de este modo una competencia a diversos niveles por ofrecer un conjunto de condiciones normativas, estructurales y económicas²⁵ (entre las que se encuentra el régimen fiscal), tanto para mejorar la competitividad de sus empresas, como para convencer a los agentes para que localicen su residencia, sus inversiones o sus compras en su territorio. El término que mejor define para nosotros este conjunto de acciones es el de *competencia institucional*²⁶.

Dentro de este amplio concepto de competencia institucional existe espacio, obviamente, para la competencia fiscal, que es en la que nos

²³ BRACEWELL-MILNES, B., "Tax Competition: Harmful or Beneficial?", *op. cit.*, pág. 86.

²⁴ ZOPPINI, A., "La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici" en AA.VV. *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di: Andrea Zoppini, Editori Laterza, Roma-Bari, 2004, pág. 9.

²⁵ Estas condiciones no se limitan exclusivamente al plano de los enunciados normativos, sino que la competición entre ordenamientos se juega también en términos de credibilidad y seguridad jurídica, a lo que contribuye una jurisprudencia desarrollada o la ausencia de dilación en la justicia y el aparato administrativo. ZOPPINI, A., "La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici", *op. cit.*, págs. 11-12.

²⁶ Tomamos este término de DOS SANTOS. En concreto, el autor utiliza la expresión *concurrency institutionelle* para hacer referencia a los múltiples factores de atracción que influyen en las decisiones de los agentes. DOS SANTOS, A. C., "L'Union européenne...", *op. cit.*, págs. 20-21.

centraremos. Sin embargo, para una mejor ubicación sistemática vamos a ponerla en contraste con dos líneas de estudio muy desarrolladas que también tendrían acogida dentro de la competencia institucional: la competencia entre ordenamientos, como elección del derecho más adecuado y la competencia entre jurisdicciones, como lucha entre entes independientes por recursos limitados.

2.2.3 La competencia entre ordenamientos y sus límites

La base teórica de la competencia entre ordenamientos la encontramos en el modelo “*voting with the foot*” planteado por TIEBOUT²⁷ a nivel de los gobiernos locales estadounidenses. Conforme al mismo, los ciudadanos insatisfechos con la política fiscal de su gobierno local pueden trasladarse a otra jurisdicción en la que la relación servicios públicos-impuestos sea más acorde a sus preferencias, eligiendo así el conjunto de normas (ordenamiento) al que someterse²⁸.

A pesar de su origen fiscal, el análisis más profundo de esta competencia entre ordenamientos (*regulatory competition*)²⁹ se ha llevado

²⁷ TIEBOUT, C. M., “A Pure Theory of Local Expenditures”, *Journal of Political Economy*, Vol. 64, núm. 5, págs. 416 y ss. Posteriormente profundizaremos en este modelo, base de la teoría económica de la competencia fiscal.

²⁸ Destacan la importancia del antecedente de Tiebout, entre otros: ZOPPINI, A., “La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici”, *op. cit.*, pág. 11 o LOMBARDO, S., “La concorrenza tra ordinamenti nella prospettiva dell’analisi economica del diritto”, en AA.VV. *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di: Andrea Zoppini, Editori Laterza, Roma-Bari, 2004, págs. 199-200.

²⁹ Así lo hace ver GNES, M., *La scelta del diritto. Concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Giuffrè Editore, Milán, 2004, pág. 9. Especialmente crítico con el empleo del término “competencia entre ordenamientos” es BELLÍ, que además de señalar que es una expresión cargada de ideología, considera que, en todo caso, existiría únicamente una competición entre normas que fijan determinadas reglas. Está crítica está estrechamente ligada con sus propias dudas sobre una posible revisión del concepto mismo de ordenamiento jurídico. Véase: BELLÍ, F., “Concorrenza fra ordinamenti, globalizzazione e Unione Europea: qualche osservazione sparsa”, en AA.VV. *Rapporti e concorrenza tra ordinamenti : atti del Seminario di studio*, 10 marzo 2006, Facoltà di economia, Università di Siena, a cura di Antonia Irace y Carlo Maviglia, Giuffrè, Milán, 2007, pág. 192.

a cabo en el ámbito del derecho societario estadounidense³⁰, y posteriormente en todo el derecho contractual. Los tres elementos esenciales para su aparición serían la existencia de una pluralidad de ordenamientos o mejor dicho, un pluralismo jurídico³¹, su coexistencia total o parcial en algunos ámbitos y la vigencia de algún mecanismo regulador de dicha coexistencia³². Este mecanismo, generalmente recíproco o multilateral, se erige como la piedra angular para que un ordenamiento reconozca los efectos jurídicos de normas de otro ordenamiento como si fueran las propias³³.

³⁰ El mejor ejemplo de esta competencia es el caso del estado norteamericano de Delaware. Las particularidades del Derecho societario de este estado y su eficiente poder judicial han atraído a la mayoría de las grandes firmas norteamericanas. En la doctrina existe un gran debate en torno a si esta competencia ha mejorado o empeorado la eficiencia del Derecho societario en Estados Unidos. Encontramos una valoración de los efectos y desventajas de la competencia ejercida por Delaware en: ROE, M. J., "Delaware's Competition", *Harvard Law Review*, Vol. 117, núm. 2, 2003, págs. 588-646. Para el autor, no ha existido realmente una carrera entre Estados y el gobierno federal ha limitado con sus oportunas intervenciones los efectos negativos de esta *regulatory competition*. Tomando las palabras de sus conclusiones (pág. 645): "Delaware may say the words, but it gets to do so only when the federal authorities do not take away the microphone". Se ocupan también de esta cuestión: BARNARD, C., "Social dumping and the race to the bottom: some lessons for the European Union from Delaware?", *European Law Review*, núm. 1, 2000, págs. 57-78 o DRURY, R., "The 'Delaware syndrome'. European fears and reactions", *Journal of business law*, núm. 6, 2005, págs. 709-744.

³¹ Como advierte VIOLA, no debemos confundir pluralidad con pluralismo. El término pluralidad de ordenamientos no contempla la posibilidad de elección por parte del usuario del derecho; sin embargo el pluralismo implica que los ordenamientos jurídicos no resultan exclusivos desde el punto de vista interno y reconocen la legitimidad de las fuentes de otros ordenamientos en competición con el propio, aunque sin incorporarlas. En palabras del autor: "il pluralismo giuridico designa una situazione normativa in cui differenti ordini giuridici concorrono e competono nella regolazione dello stesso corso di azione o di insiemi di azioni aventi lo stesso oggetto. Gli organi giuridici interessati non sono né totalmente indipendenti l'uno dall'altro, né totalmente subordinati l'uno all'altro. VIOLA, F., *La concorrenza degli ordinamenti e il diritto come scelta*, Editoriale scientifica Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Nápoles, 2008, págs. 6-9.

³² Apunta por otro lado GNES que la diversidad de ordenamientos solo podrá generar competencia si existe libertad o facilidades a la circulación de los factores y si el pluralismo de ordenamientos hace determinadas normas más atractivas para el inversor o residente. Véase: GNES, M., "La scelta del diritto...", *op. cit.*, págs. 14-15.

³³ La conocida como "porosidad" de los sistemas jurídicos nacionales debilitaría la posición del legislador al coexistir una pluralidad de productores del derecho que se influyen mutuamente. De este modo, se refuerza la labor del juez, mucho más flexible y abierto al empleo de argumentaciones y razonamientos importados de otros ordenamientos. Este hecho se constata si cabe con más fuerza en el ámbito comunitario donde existe un permanente diálogo entre los diferentes jueces nacionales y los europeos. Véase: AMMANNATI, L., "Esiste concorrenza tra ordinamenti giuridici nell'ordinamento europeo? Qualche considerazione introduttiva", en AA.VV., *Rapporti e concorrenza tra ordinamenti : atti del Seminario di studio, 10 marzo 2006*, Facoltà di economia, Università di Siena, a cura di: Antonia Irace y Carlo Maviglia, Giuffrè, Milán, 2007, pág. 147-148.

En este sentido, se ha expandido el uso del concepto de “mercado de reglas”³⁴ para definir este fenómeno, entendiendo que los ordenamientos estatales entran en competencia por ofrecer el marco más adecuado, permitiendo a los agentes que acaben “comprando” el derecho más favorable³⁵ dado que, fruto de la apertura de fronteras jurídicas, se admite la actuación en el mercado a través de institutos jurídicos de otros ordenamientos.

A pesar de la aparente cercanía de sus planteamientos, una parte de la doctrina ha denunciado el empleo del sistema de la competencia empresarial para evaluar la competencia entre ordenamientos, dada la existencia de múltiples factores que alejarían este “mercado” de su concepto clásico. Como señala TORCHIA, existe un limitado número de jurisdicciones oferentes; existen evidentes barreras al cambio de jurisdicción: jurídicas, físicas y económicas; la información tiene un gran coste y los sistemas jurídicos son de tal complejidad e incorporan tal cantidad de valores que dificultan cualquier comparación o valoración. Por tanto, la fijación de un “precio” o la implantación de “estándares” se convierte en una tarea casi imposible³⁶. De este modo, resulta cuestionable aplicar al mercado de reglas los parámetros clásicos de la competencia perfecta.

Otra crítica a esta aparente mercantilización del derecho, defendida por algunos estudiosos de la competencia entre ordenamientos³⁷, la realiza

³⁴ Como afirma AMMANNATI, al realizar una comparativa entre el mercado en competencia (perfecta) y este mercado de reglas: “Così, anche sul «mercato delle regole», dal lato dell'offerta, i produttori cercheranno di produrre i beni maggiormente in grado di attrarre i consumatori o di evitare la loro fuga verso beni più rispondenti alle loro esigenze. Dal lato della domanda, i consumatori/utenti delle regole si riterranno in diritto di esercitare la loro libertà di scelta indirizzandosi verso i beni per essi maggiormente attraenti e a minor costo”. AMMANNATI, L., “Esiste concorrenza tra ordinamenti...”, *op. cit.*, pág. 142. Esta teoría del mercado de reglas se ha desarrollado fundamentalmente en el ámbito del Derecho privado y parte de la existencia de una competencia entre ordenamientos. La doctrina italiana habla de “mercato delle regole”.

³⁵ CASSESE, S., *La crisi dello Stato*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2002, pág. 116.

³⁶ Llama la atención sobre estas diferencias TORCHIA, L., “Concorrenza fra ordinamenti e diritto amministrativo nell'ordinamento europeo” en AA.VV. *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di: Andrea Zoppini, Editori Laterza, Roma-Bari, 2004, pág. 122.

³⁷ Uno de cuyos principales baluartes es el trabajo de ROMANO, R., “Law as a product: some pieces of the incorporation puzzle”, *Journal of law economics and organization*, vol. 1, 1985, págs. 225 y ss. Otra de las principales críticas en contra de esta visión la realiza ZOPPINI, para

ALPA cuando denuncia que toda su construcción está basada en un gran número de ficciones³⁸. Entre ellas respaldamos especialmente dos: considerar los ordenamientos como un todo homogéneo y unitario con personalidad³⁹ y valorar la competencia en sí como un factor positivo frente a la armonización o uniformización de ordenamientos⁴⁰.

Además, el susodicho mercado de reglas no encuentra su equivalente en el ámbito tributario⁴¹, que se rige por parámetros diferentes. De hecho, para aplicar las normas fiscales de un ordenamiento se exige algún vínculo con la jurisdicción fiscal⁴² (con carácter general el principio de residencia para los impuestos personales y el de territorialidad para los reales) y no se permite simplemente elegir el ordenamiento de una

quien esta perspectiva simplista transforma a los titulares del monopolio regulador en meros productores de normas en continua competencia unos con otros. Véase: ZOPPINI, A., "La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici", *op. cit.*, pág. 5.

³⁸ ALPA, G., "La competizione tra ordinamenti: un approccio realistico", en AA.VV. *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di: Andrea Zoppini, Editori Laterza, Roma-Bari, 2004, págs. 43-49.

³⁹ En palabras del autor: "La concezione soggettiva, naturalistica, personificata di ordinamento giuridico assimila questa «entità» (...) ad una persona fisica, ad un essere unitario e coeso in cui convivono corpo e anima, pensiero, volontà e forza (...) Nella realtà delle cose, l'ordinamento (...) non assume iniziative in proprio, ma se mai la sua formazione, la sua fisionomia, le sue qualità sono orientate da chi ne possiede le chiavi e la «lotta tra gli ordinamenti» non va necessariamente a favore dell'ordinamento dello Stato più forte o dello Stato più progredito". ALPA, G., "La competizione tra ordinamenti...", *op. cit.*, págs. 44-45. En cambio para GATSIOS y HOLMES, la competencia entre ordenamientos en la Unión Europea tiene como función mantener la diversidad entre los ordenamientos a la par que evita que las diferencias normativas acaben constituyendo un obstáculo para el comercio. Véase: GATSIOS, K. y HOLMES, P., "Regulatory Competition" en AA.VV. *The new Palgrave dictionary of economics and the law*, director: Peter Newman, Macmillan, New York, 1998, pág. 272.

⁴⁰ Conforme a esta ficción, como en el deporte o en el mercado, la competencia ensalzaría los mejores valores, el esfuerzo y fomentaría la eficiencia. Este sesgo tiene también origen en la ficción que considera que la competencia entre ordenamientos, como protectora de la diversidad, merece una valoración positiva. Tal y como afirma ALPA, estos dos procesos (competencia y armonización) no necesariamente están en conflicto y su criterio de valoración o pertinencia no debe ser estético sino funcional. ALPA, G., "La competizione tra ordinamenti...", *op. cit.*, págs. 47-48.

⁴¹ En el ámbito de la competencia tributaria no tienen cabida los principios del "mercado de reglas", más propio del derecho privado y comercial. LUPU, R., "Concorrenza tra ordinamenti, Comunità europee e prelievo tributario", en AA.VV. *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di: Andrea Zoppini, Editori Laterza, Roma-Bari, 2004, pág. 164.

⁴² Una cuestión diferente es que a través de la planificación fiscal y la localización de actividades con escasa vinculación al territorio, como las sociedades holding o sociedades titulares de derechos de propiedad intelectual, se acabe alterando el principio de territorialidad de la tributación.

jurisdicción para operar en otra que reconoce sus efectos (como es presupuesto de la competencia entre ordenamientos)⁴³.

En no pocas ocasiones el término *competencia entre ordenamientos* en su conjunto se vincula a una concepción pasiva e impersonal de la actividad normativa en la que son los ciudadanos o empresas los que eligen dentro de la pluralidad el derecho más favorable para regular determinadas relaciones jurídicas⁴⁴. El marcado carácter activo de la competencia fiscal nos obliga a matizar el empleo de este concepto.

Por todo ello, aunque la competencia fiscal pueda compartir algunos elementos con la conocida como *regulatory competition*⁴⁵, las disparidades en su funcionamiento y su realidad práctica nos exigen buscar un punto de referencia más claro para su ubicación sistemática dentro de la competencia institucional⁴⁶. Este punto lo encontramos en el análisis de la competencia entre jurisdicciones, que pasamos a analizar a continuación.

2.2.4 La competencia fiscal como competencia entre jurisdicciones

Las jurisdicciones⁴⁷ tratan de ofrecer un conjunto de condiciones que atraigan o retengan al inversor, al empleo, al ciudadano. Para ello, a través

⁴³ LUPI, R., "Concorrenza tra ordinamenti...", *op. cit.*, pág. 166.

⁴⁴ Véase: VIOLA, F., "La concorrenza degli ordinamenti...", *op. cit.*, pág. 3.

⁴⁵ Dentro del escenario del derecho societario comunitario SCHÖN aprecia la convivencia de *regulatory competition* y *tax competition* en el afán de los Estados miembros por atraer empresas. Aunque observa algunas similitudes, para el autor existen diferencias claras entre ambas dimensiones que aconsejarían que la elección de acogerse al derecho societario de un Estado no implique la sujeción, directamente, a su sistema fiscal. Principalmente, porque la *regulatory competition* puede concentrarse con mucha mayor facilidad sobre su objetivo (las empresas) que la competencia fiscal. Véase: SCHÖN, W., "Playing different games? Regulatory competition in tax and company law", *Common Market Law Review*, núm. 42, 2005, págs. 364-365.

⁴⁶ De hecho, el propio VIOLA advierte de la ambigüedad en el uso del propio término *ordenamiento*: VIOLA, F., "La concorrenza degli ordinamenti ...", *op. cit.*, pág. 49.

⁴⁷ Tomamos la definición utilizada por DOS SANTOS, A. C., "L'Union européenne...", *op. cit.*, pág. 22: "Par *jurisdiction*, on comprend une communauté à caractère public (un système juridique et politique) dote de capacité de decision sur ses propres finances (ses recettes et ses dépenses) dans un espace territorial (économique) donné".

de su poder normativo diseñan un marco institucional competitivo, en el que se situaría tanto el sistema fiscal en su conjunto como la normativa y praxis mercantil, administrativa o contractual.

El análisis de la competencia fiscal es más próximo a esta *competencia entre jurisdicciones*, ya que el término jurisdicción ensalza el elemento subjetivo y volitivo del oferente de normas, como creador consciente del ordenamiento y refleja mejor la relatividad de su ubicación dentro del esquema territorial y normativo⁴⁸.

Si algo caracteriza además a esta competencia institucional entre jurisdicciones (hecho que la diferencia diametralmente de la competencia comercial y parcialmente de la competencia entre ordenamientos) es su carácter dinámico, dado que los productores del Derecho son a la vez partícipes y reguladores de las condiciones y presupuestos que enmarcan el ejercicio de esta competencia⁴⁹.

Los consumidores o usuarios de las normas, a su vez, intervienen como agentes fundamentales al evaluar las diferencias entre los sistemas o normas concretas en función de sus propios intereses y objetivos⁵⁰. Su papel es clave para entender el nacimiento de cualquier proceso de competencia fiscal. Solo cuando los ciudadanos o empresas adopten sus decisiones condicionados por el factor fiscal, las jurisdicciones tendrán incentivos para participar en un proceso de competencia fiscal.

Igualmente, estos agentes, a través de sus diferentes decisiones, emitirán una suerte de “señales de mercado” que indicarán qué sistemas consideran más adecuados, lo que podría generar un efecto de imitación y perfeccionamiento entre los ordenamientos.

En nuestra opinión, la competencia fiscal, entendida como competencia entre jurisdicciones, resulta perfectamente reconocible en el

⁴⁸ Como observaremos posteriormente, una jurisdicción puede existir a distintos niveles de gobierno, tanto a nivel central como federal o local. Fruto de la interrelación entre las jurisdicciones y las relativas posiciones de poder, ventajas competitivas o debilidades se determina un marco competitivo que define mejor el mecanismo de la competencia fiscal.

⁴⁹ Asumimos el concepto de competencia en sentido dinámico empleado por AMMANNATI, L., “Esiste concorrenza tra ordinamenti...”, *op. cit.*, págs. 142-143.

⁵⁰ GNES, M., “La scelta del diritto...”, *op. cit.*, pág. 20.

modelo inicial planteado por TIEBOUT con las entidades locales americanas como jurisdicciones fiscales autónomas⁵¹. Sin embargo, no vemos su reflejo tan claro en el posterior desarrollo del marco teórico de la competencia entre ordenamientos.

Esta última teoría ha basado su evolución doctrinal a nivel de la Unión Europea en el estudio de las diferencias cualitativas entre los ordenamientos estatales (normativas o de práctica administrativa o jurisprudencial) como fruto de una armonización inexistente o incompleta y ha centrado sus esfuerzos en analizar si la mercantilización del derecho tenía como consecuencia una mejora (*race to the top*) o empeoramiento (*race to the bottom*)⁵² de la regulación, sin ofrecer respuestas convincentes⁵³.

La competencia fiscal, sin embargo, tiene como eje un análisis cuantitativo de la diferencia, no observando tanto la capacidad de elección del sujeto como los caracteres y límites a la norma y sus efectos sobre el mercado y la recaudación⁵⁴.

⁵¹ TIEBOUT, C. M., "A Pure Theory...", *op. cit.*, págs. 416-424.

⁵² Véase: IRACE, A., "Armonizzazione o concorrenza tra ordinamenti nel diritto societario? Una scelta per la costruzione di un mercato integrato dell'Unione Europea", en AA.VV., *Rapporti e concorrenza tra ordinamenti : atti del Seminario di studio, 10 marzo 2006*, Facoltà di economia, Università di Siena, a cura de Antonia Irace y Carlo Maviglia, Giuffrè, Milán, 2007, págs. 172 y ss.

⁵³ GNES considera que la competencia entre ordenamientos se ha centrado en analizar los aspectos más superficiales de un problema de mayor calado que es la *scelta del diritto*. Según el autor, para entender mejor el fenómeno de la competencia entre ordenamientos por el derecho, sería necesario estudiar con mayor profundidad el significado, modalidades, tipos, límites y efectos de esta *scelta*, entendida como: "il processo di individuazione della norma applicabile ad un determinato rapporto, generalmente ad opera del giudice. In questo senso viene tradizionalmente inteso l'istituto anglosassone della *choice of law* (...) consistente nella determinazione del diritto applicabile, sulla base delle norme del cd. diritto internazionale privato". GNES, M., "La scelta del diritto...", *op. cit.*, págs. 21 y 22. También diferencia la *scelta* de la regulación de la competencia entre ordenamientos AMMANNATI. Considera el autor que la primera se centra en el punto de vista del usuario o destinatario de la norma y no altera la concepción del ordenamiento, mientras que considera la segunda un proceso consciente que persigue una mayor eficiencia de la regulación. AMMANNATI, L., "Esiste concorrenza tra ordinamenti...", *op. cit.*, págs. 149 y 150.

⁵⁴ Como afirma LUPU: "la legislazione regolatrice delle merci e dei servizi ha bisogno di essere armonizzata, perché le merci possano muoversi liberamente all'interno dell'Unione, e deve essere armonizzata anche per quelle merci che – di fatto – non circolano o circolano poco; la legislazione fiscal non riguarda invece l'omogeneità dei prodotti, ma casomai l'omogeneità dei prezzi e la concorrenza tra produttori (...)", LUPU, R., "Concorrenza tra ordinamenti...", *op. cit.*, pág. 180.

En vista de los argumentos expuestos, parece lógico concebir la competencia fiscal como una competencia entre jurisdicciones que, dentro de las diferentes opciones institucionales, tratan de diseñar un escenario fiscal favorable para el desarrollo y atracción de actividad empresarial o inversiones. Los agentes elegirán aquel ordenamiento que les resulte más favorable, explotando las posibilidades de arbitraje fiscal que puedan existir. La presencia de este arbitraje es el requisito previo, *conditio sine qua non*, para el desarrollo de una dinámica de competencia fiscal entre jurisdicciones; de hecho, podemos encontrar dinámicas de arbitraje fiscal al margen de cualquier proceso de competencia pero no al contrario. La competencia fiscal será, por tanto, un proceso consciente, volitivo y de naturaleza dinámica por el que las jurisdicciones tratarán de beneficiarse de las opciones de arbitraje fiscal de los agentes.

Para continuar con nuestro objetivo, pasamos a observar de modo más detallado algunos elementos destacados de la competencia entre jurisdicciones.

3. LA COMPETENCIA ENTRE JURISDICCIONES, EL MARCO DE LA COMPETENCIA FISCAL

3.1 Los diferentes objetos de la competencia

Como hemos indicado anteriormente, la competencia fiscal se enmarca de manera ideal dentro de la competencia entre jurisdicciones, entendiendo como tal la interacción entre distintos niveles de gobierno que, eventualmente, pueden estar dentro de una estructura compleja descentralizada en la que exista una autoridad central, ya sea de índole federal o supranacional. De su desarrollo teórico se ha ocupado con especial detenimiento la teoría económica del federalismo fiscal⁵⁵.

⁵⁵ Siendo su precursor: OATES, W. E., *Fiscal Federalism*, The Harbrace Series in Business and Economics, Nueva York, 1972.

La coexistencia de varios niveles de gobierno genera una serie de relaciones de competencia por los recursos muy complejas que, en función del nivel de control legislativo, ejecutivo o judicial de la autoridad superior sobre las inferiores, podrán desencadenar con mayor o menor facilidad procesos de competencia. Recordando nuestra ubicación dentro del concepto de competencia institucional, estos procesos comprenden decisiones y normas más allá del propio ámbito fiscal, incluso en su concepción más amplia, alcanzando a otros instrumentos objeto de decisión política como el nivel de prestación de bienes y servicios vinculado al gasto público, o el nivel de reglamentación de otros parámetros con influencia en la localización empresarial⁵⁶.

Compartimos de este modo la posición doctrinal que indica: “Los países no ofrecen un sistema tributario; los países ofrecen un sistema de finanzas públicas”⁵⁷. La decisión de localización dependerá, en el fondo, de un análisis de la relación entre los costes fiscales y el nivel de prestaciones públicas que mejor se adapta al sujeto. Dado que las decisiones de los ciudadanos y las empresas se adoptan conforme a esta concepción amplia del sistema fiscal, los Estados pueden competir tanto optimizando el empleo de los recursos financieros (relación ingreso-gasto), como ofreciendo regímenes derogatorios que permitan sortear esta ecuación⁵⁸.

⁵⁶ De hecho algunos autores distinguen directamente entre *tax* y *non-tax competition* measures: “The former encompasses every measure implemented through the fiscal system and affecting the tax burden imposed on taxpayers. The latter occurs with respect to measures other than taxes that have a similar objective of improving competitiveness of a country’s domestic business or of attracting foreign investment”. PINTO, C. *Tax Competition and EU Law*, Kluwer Law International, Amsterdam, 2003, pág. 2.

⁵⁷ AA.VV., *Poder tributario y competencia fiscal*, director: Germán Orón Moratal, Instituto de Estudios Riojanos, 2003, pág. 265. Esta afirmación la podemos extrapolar a jurisdicciones con algún nivel de poder tributario propio (requisito imprescindible para poder participar en un proceso de competencia fiscal). Haciendo referencia al doble componente del sistema fiscal DOS SANTOS, emplea también el término *concurrence financière* o *fiscal competition* (frente a *concurrence fiscal* y *tax competition*). Véase: DOS SANTOS, A. C., “L’Union européenne...”, *op. cit.*, pág. 25.

⁵⁸ Entendemos dentro de este concepto un ordenamiento desarrollado que aporte seguridad jurídica, la estabilidad política, una buena oferta de infraestructuras etc. La posibilidad de romper este esquema de relación a través de regímenes especiales basados en la atracción de determinadas rentas móviles es señalada como una de las causas principales de aparición de la competencia fiscal perjudicial, como veremos posteriormente. El carácter perverso de esta asimetría es denunciada en AA.VV., *Poder tributario y competencia fiscal*, *op. cit.*, págs. 262-275.

3.2 La competencia horizontal y vertical

Dentro del esquema complejo de la competencia entre jurisdicciones podemos encontrar tanto relaciones de índole vertical, entre jurisdicciones situadas a distinto nivel jerárquico dentro de la estructura de un Estado y con diferente grado de autonomía y poder (por ejemplo, relaciones Estado-región, región-ente local etc.); como relaciones horizontales, bien entre Estados soberanos o entre jurisdicciones que se encuentran en una posición jurídica equiparable dentro de un Estado (por ejemplo, relaciones entre diferentes entes locales)⁵⁹.

Cuando las jurisdicciones se relacionan al mismo nivel, lo que apreciamos fundamentalmente es una lucha de carácter horizontal por la atracción de los factores móviles⁶⁰. Esta movilidad de las bases puede exigir una intervención de la autoridad superior para restaurar el equilibrio financiero entre las jurisdicciones, ya que se pueden desencadenar tanto fenómenos de exportación fiscal⁶¹ como una *race to the bottom*⁶².

⁵⁹ La nomenclatura de los diferentes niveles de jurisdicción no resulta relevante por lo que hemos adoptado estos términos genéricos, sobre todo para dotar a la explicación de un carácter flexible, independientemente de la estructura de la que hablemos.

⁶⁰ Para profundizar en los efectos de la competencia horizontal desde un punto de vista económico nos remitimos a: MINTZ, J. M. y TULKENS, H., "Commodity Tax Competition between Member States of a Federation: Equilibrium and Efficiency," *Journal of Public Economics*, Vol. 29, 1986, págs. 133-172.

⁶¹ Explica este fenómeno GOODSPEED, empleando la expresión *destructive upward tax competition*. En opinión del autor, cuando una jurisdicción ostenta algún tipo de ventaja competitiva (por ser un centro turístico o financiero), puede gravar con mayor intensidad a aquellos sujetos o actividades que acuden en busca de esta ventaja. De este modo, existe una *exportación fiscal*, en el sentido de que no residentes que no consumen servicios públicos están sustentando en parte los servicios públicos de los residentes. Véase: GOODSPEED, T. J., "Tax competition benefit taxes, and fiscal federalism", *op. cit.*, pág. 582. Este planteamiento puede volverse en contra de estas jurisdicciones si no son capaces de explotar esta ventaja. Los no residentes se pueden aprovechar de los servicios públicos financiados para los residentes sin contribuir a estos proporcionalmente por la preeminencia del criterio de residencia. Hacen hincapié en estos riesgos: LASARTE ÁLVAREZ, F. J., ADAME MARTÍNEZ, F., MARTÍN FERNÁNDEZ, J. y RAMOS PRIETO, J., *Financiación de los municipios turísticos*, Comares, Albolote (Granada), 2003.

⁶² Por miedo a la emigración de bases a otras jurisdicciones, existe una tendencia a reducir la presión fiscal sobre las mismas. En este contexto, adquiere importancia el "principio de equivalencia fiscal" de OLSON, conforme al cual se deberían abonar impuestos a cada nivel de jurisdicción en función de los servicios que se reciban de la misma. Las distorsiones que puede provocar esta movilidad de factores, sin embargo, ponen en riesgo este equilibrio y podría justificar la existencia de transferencias intergubernamentales. Véase: OLSON, M., "The

En las relaciones verticales entre jurisdicciones, en cambio, los principales conflictos surgen por la estrecha interdependencia entre las decisiones de los diferentes niveles. Por ejemplo, porque ambos desean gravar una misma base o porque la decisión adoptada en un nivel traslada sus efectos a otro (que se puede ver obligado a adoptar una medida en sentido contrario para compensarla)⁶³. Además, la competencia vertical está caracterizada por la posible jerarquía reguladora de los niveles superiores y por la necesidad de idear mecanismos para solventar los conflictos de competencia entre las jurisdicciones⁶⁴. El grado de intervención de los niveles superiores sobre los inferiores, ya sea de índole legal, mediante la regulación o delimitación de competencias, o económica, fundamentalmente a través de transferencias intergubernamentales⁶⁵, determinará no solo el grado de competencia vertical *per se*, sino que influirá también en el margen propio para la competencia horizontal entre los niveles inferiores.

La competencia fiscal, tal y como la estudiaremos, se adapta de modo preciso a la concepción de la competencia horizontal, como lucha entre jurisdicciones que se encuentran al mismo nivel por atraer diferentes

Principle of Fiscal Equivalence: The Division of Responsibilities among Different Levels of Government”, *The American Economic Review*, Vol. 59, núm. 2, 1969, págs. 479-487.

⁶³ BIRD ofrece como ejemplo el caso en que un nivel de gobierno eleva los impuestos sobre el trabajo, desincentivando el empleo e incrementando así, por ejemplo, los costes de asistencia social que pueden correr a cargo de otro nivel de jurisdicción. BIRD, R. M., “Rethinking Subnational Taxes: A New Look at Tax Assignment”, *International Monetary Fund Working Papers*, núm. 165, 1999, pág. 32.

⁶⁴ Para un estudio más detallado de la interacción entre diferentes niveles de jurisdicción nos remitimos a: BOADWAY, R. W. y KEEN, M., “Efficiency and the Optimal Direction of Federal-State Transfers,” *International Tax and Public Finance*, Vol. 3, 1996, págs. 137-155 o DAHLBY, B., “Fiscal Externalities and the Design of Intergovernmental Grants,” *International Tax and Public Finance*, Vol. 3, 1996, págs. 397-412.

⁶⁵ Un nivel de jurisdicción puede decidir reducir su nivel de presión fiscal o incrementar su nivel de gasto en espera de que las transferencias intergubernamentales restauren su posición inicial a la par que ganan en competitividad. En este sentido, BIRD advierte que se debe garantizar que cada jurisdicción asuma en la medida de lo posible la responsabilidad fiscal de sus decisiones de gasto. Véase: BIRD, R. M., “Subnational Taxation in Developing Countries. A review of the literature”, *Policy Research Working Paper*, núm. 5450, Banco Mundial, 2010, págs. 8-14. A favor de la utilidad de estas transferencias se sitúa: SATO, H., “On the Complexity of the Tax Law”, *Studies in Regional Science*, Vol. 30, núm. 3, 1999, págs. 179-182. En sentido contrario: SMART, M. y BIRD, R. M., “Federal Fiscal Arrangements in Canada: An Analysis of Incentives”, *International Centre of Tax Studies*, Discussion Paper núm. 8, Faculty of Management, University of Toronto, 1999, pág. 14.

bases imponibles, tanto de la fiscalidad indirecta como de la fiscalidad directa sobre las personas o las sociedades.

3.3 La competencia activa y la competencia implícita o pasiva. El proceso de competencia

En el juego entre jurisdicciones (en el plano internacional especialmente concentrado en las relaciones horizontales⁶⁶) la competencia se hace patente de diversos modos. Por un lado, la doctrina ha apreciado la existencia de una competencia *pasiva* o *implícita* causada por la mera interacción entre jurisdicciones, que podemos calificar como inevitable⁶⁷. El marco jurídico común y el nivel de integración económica, determinado fundamentalmente por la libre y efectiva circulación de bienes, servicios, personas y capitales, supone una restricción a la libertad de actuación de las jurisdicciones, incluso si éstas no tienen la intención de embarcarse en un proceso de competencia en pos de una mayor competitividad⁶⁸. Este tipo de competencia suele generar una suerte de *armonización espontánea* entre las legislaciones de los Estados.

⁶⁶ En los Estados federales o fuertemente descentralizados como España existe también un conflicto vertical casi permanente entre el Estado central y las entidades territoriales inferiores. En este trabajo, sin embargo, apenas entraremos a valorar las consecuencias de estos conflictos.

⁶⁷ Tal y como advierte parte de la doctrina, los agentes al adoptar una decisión acerca de la localización tienen en cuenta diversos factores que influyen en la misma, por lo que cualquier medida que pueda influir en esta decisión se puede considerar “competitiva”. Por ello siempre existirá competencia (fiscal) cuando dos o más ordenamientos, siempre diferentes, interactúen entre sí. Véase: AA.VV., “Poder tributario y competencia fiscal”, *op. cit.*, págs. 237-238.

⁶⁸ DOS SANTOS, considera que esta competencia implícita no se limita únicamente a las decisiones propias de cada jurisdicción en función de su contexto, sino que comprende también la evaluación de las externalidades positivas o negativas de las actuaciones propias, de las jurisdicciones cohabitantes e incluso de jurisdicciones terceras. En este sentido: DOS SANTOS, A. C., “L’Union européenne...”, *op. cit.*, págs. 28-29. En nuestra opinión, se enmarca también dentro de este tipo de competencia pasiva o implícita la conocida como *yardstick competition* o *competencia por comparación de resultados*, cuya base es esencialmente política. Propuesta originalmente por SHLEIFER para mejorar la regulación de los monopolios, fue SALMON el primero en aplicarla al ámbito de la competencia entre jurisdicciones. Véanse: SHLEIFER, A., “A Theory of Yardstick Competition”, *The RAND Journal of Economics*, Vol. 16, núm. 3, 1985, págs. 319-327 y SALMON, P., “Decentralization as an incentive scheme”, *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 3, 1987, págs. 24-43. Conforme a esta teoría, los gobiernos tendrían un incentivo para adoptar medidas similares a sus jurisdicciones vecinas, especialmente aquellas

En cambio, se ha aplicado el término de competencia *activa* para definir el supuesto en que una jurisdicción se embarca en un proceso intencional por mejorar las condiciones de competitividad locales o atraer nuevas inversiones, para lo cual adopta una serie de medidas concretas⁶⁹. Esta actitud, al tener generalmente como objetivo a jurisdicciones cercanas ha recibido el apelativo de *beggar-thy-neighbour*. El efecto de dichas medidas sobre las demás jurisdicciones las sitúa en el dilema de valorar algún tipo de respuesta que, en resumen, podrían consistir en:

- a) Adoptar medidas de la misma naturaleza (réplica de competencia activa)
- b) Adoptar contramedidas para defenderse de sus efectos (réplica de competencia defensiva)
- c) No hacer nada

más innovadoras que han obtenido el respaldo ciudadano. Conforme a esta teoría las jurisdicciones no adoptarían medidas para protegerse de la competencia de otras jurisdicciones, sino por un efecto imitación destinado a mantener o no perder el respaldo ciudadano que conocería las medidas fiscales de jurisdicciones vecinas, en la terminología empleada por la doctrina, el “*comparative voting*”. Véase: BESLEY, T. y CASE, A., “Incumbent behaviour: Vote-seeking, tax-setting, and yardstick competition”, *American Economic Review*, Vol. 85, págs. 25-44. Por ejemplo, algún estudio ha demostrado que un incremento en la presión fiscal solo se castiga por los ciudadanos si es superior al realizado por otras jurisdicciones. Véase: BOSCH, N. y SOLÉ-OLLÉ, A., “Yardstick competition and the political costs of raising taxes: An empirical analysis of Spanish municipalities”, *International and Tax Public Finance*, núm. 14, 2007, pág. 90. Ya que este tipo de competencia es fruto de la interacción natural entre jurisdicciones y no fruto, en principio, de un proceso de competencia fiscal, creemos que se enmarca mejor dentro del contexto de la citada competencia pasiva o implícita. No obstante, el hecho de que coexista esta forma de competencia, junto con la competencia propiamente generada por un proceso de competencia fiscal, hace que debamos ser precavidos a la hora de aislar los efectos de ambos fenómenos de cara a la propuesta de fórmulas de interacción entre las jurisdicciones. Advierten de este hecho: BRUECKNER, J. y SAAVEDRA, L. A., “Do local governments engage in strategic property tax competition?”, *National Tax Journal*, Vol. 54, 2001, pág. 226.

⁶⁹ En este sentido: PINTO, C., “Tax Competition...”, *op. cit.*, págs. 16-18. El mismo autor define el término competencia “pasiva o implícita” como la actitud de un estado que adopta medidas de índole defensiva para protegerse frente a las potenciales consecuencias adversas de una medida de competencia activa. Hemos preferido calificar esta reacción como competencia *defensiva*; no obstante, creemos que la terminología en este caso no resulta especialmente relevante, ya que en nuestra opinión todas estas actitudes se enmarcan dentro de un proceso complejo en el que existen un gran número de medidas en ambos sentidos entre las que no es siempre fácil identificar qué medidas son de índole activa o defensiva.

En el fondo, la situación ante que la nos encontramos se asemeja mucho al *dilema del prisionero* presentado por la teoría de juegos, que trata de explicar el comportamiento de los sujetos en situaciones estratégicas⁷⁰. De hecho, el modelo predice en un principio que el resultado de este juego en el ámbito de la competencia entre jurisdicciones parece que está abocado a ser el mismo: una *race to the bottom*.

Tanto si la jurisdicción que debe responder a una medida de competencia activa replica el comportamiento y adopta una medida equivalente⁷¹, como si responde con una medida defensiva⁷², es muy posible que se inicie un proceso de continuas idas y venidas, medidas y contramedidas, que tendencialmente reducirá la presión sobre los factores inmersos en este proceso. Además, el efecto expansivo⁷³ del que denominaremos, ya de manera específica, proceso de competencia fiscal, hará que cada vez participen un mayor número de jurisdicciones.

No obstante, como también apunta la teoría económica, la repetición del juego puede cambiar los incentivos de los participantes reforzando la

⁷⁰ Para una sencilla explicación del conocido dilema veáse, por ejemplo: MANKIW, G., "Principios de Economía", *op. cit.*, págs. 320-322. Una situación alternativa de base podría ser también el conocido como "dilema de la caza del ciervo", planteado de modo escueto por ROUSSEAU: "Si se trataba de capturar un ciervo, cada uno sabía perfectamente que para ello debía ocupar su puesto; pero si una liebre pasaba al alcance de uno de ellos, no se puede dudar que la perseguiría sin escrúpulos y habiendo conseguido su presa, no se cuidaría demasiado de advertir su falta a sus compañeros". Véase: ROUSSEAU, J.J., *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Libresa, Quito, 2000, pág. 77. En el fondo advierte de lo mismo: aunque la coordinación pueda mejorar la situación de los sujetos intervinientes en un juego el dicho "más vale pájaro en mano que ciento volando" adquiere plena vigencia en la proceso de decisión de los sujetos.

⁷¹ Las medidas de competencia activa pueden ir orientadas tanto a atraer como a retener los factores de producción, principalmente aquellos más móviles, en los que existe un mayor riesgo de traslado.

⁷² Estas medidas, sobre las que profundizaremos más adelante, están orientadas a minimizar los efectos de la posible competencia activa de otras jurisdicciones. Un ejemplo claro es la aprobación de una normativa de transparencia fiscal internacional (CFC o *Control foreign companies*) que sujetará parcialmente a tributación en un Estado los beneficios de entidades extranjeras cuyos propietarios sean residentes, si estas están sujetas a algún régimen privilegiado o a un tipo de tributación reducido. Para una explicación más detallada de estos regímenes nos remitimos al apartado 6.4.3 del capítulo segundo.

⁷³ El efecto expansivo es fácilmente comprensible si pensamos en las diferentes conexiones geográficas y económicas de cada jurisdicción. Por ejemplo, si España adopta una medida que puede atraer por su cercanía a ciudadanos de Portugal o Francia, en caso de que Francia replique, es posible que Alemania, Bélgica, Holanda o Italia se vean más condicionadas a responder que ante una medida de España. No obstante, la globalización y la propia integración europea han roto este esquema geográfico de expansión de la competencia fiscal.

opción de cooperación, especialmente si se fijan sanciones para los sujetos que decidan no cooperar⁷⁴. De este modo, las jurisdicciones podrían coordinarse para fijar, por ejemplo, unos niveles mínimos de imposición que no pusieran en peligro su recaudación. Aunque parece sencillo, la doctrina señala acertadamente cómo el gran número de intervinientes y la multiplicidad de intereses pueden dificultar enormemente la adopción de estrategias de coordinación⁷⁵.

3.4 La construcción de la competencia fiscal

El objetivo de este primer punto era ubicar y sistematizar el concepto y contenido de la competencia fiscal dentro del amplio abanico de referencias y fenómenos similares que podemos encontrar en el lenguaje común y técnico. Con este fin, hemos visto en primer lugar cómo la competencia fiscal es un término con un origen claramente vinculado a la competencia empresarial. Aunque el amplio desarrollo teórico de esta última no pueda ser directamente extrapolable al objeto de nuestro estudio, no debemos apriorísticamente desdeñar la utilidad de los múltiples puntos en común que encontraremos entre ambas formas de competencia. Por ello, a lo largo de nuestro trabajo recurriremos en varias ocasiones a estudios realizados a partir de modelos basados en este sistema.

A su vez, hemos comprobado como la competencia fiscal es una forma específica de competencia institucional. Hecha esta afirmación, el planteamiento teórico realizado por la competencia entre ordenamientos no parece adecuarse a los mecanismos de la competencia fiscal; en cambio,

⁷⁴ Apunta también a la utilidad de la estrategia de coordinación ante un caso similar, cuando sea posible: MUTTI, J. H., *Foreign Direct Investment and Tax Competition*, Institute for International Economics, Washington, 2002, págs. 24-25.

⁷⁵ Es la opinión de PINTO cuando observa que la adopción de un enfoque de armonización o coordinación ha sido mucho más difícil de alcanzar en un organismo tan plural como la OCDE que en un ente como la Unión Europea, con competencias explícitas, con un menor número de integrantes y con una mayor comunión de intereses entre ellos. Véase: PINTO, C., "Tax Competition...", *op. cit.*, pág. 17.

el marco conceptual de la competencia entre jurisdicciones sí dibuja un escenario mucho más acorde.

Dentro del campo de la competencia entre jurisdicciones, consideramos que el término fiscal debe entenderse en sentido amplio, incluyendo tanto la vertiente de gastos como la de ingresos. Además, hemos señalado como esta competencia tiene su origen fundamentalmente en relaciones de carácter horizontal.

En definitiva, nos encontramos ante un proceso complejo que tiene su origen en las posibilidades de arbitraje fiscal ofrecidas por los ordenamientos tributarios a los ciudadanos y empresas, que los emplean como instrumento para obtener ventajas competitivas o un simple ahorro fiscal. Desde el momento en que existe una jurisdicción que trata de beneficiarse de este arbitraje, se inicia el proceso de competencia fiscal, hecho que obligará a las demás jurisdicciones afectadas a adoptar posiciones de competencia activa, defensiva o pasiva. Una vez iniciado, se puede desatar una vorágine de medidas-contramedidas que, aparentemente, solo podrá ser frenado mediante un proceso de armonización o mediante acciones de coordinación o cooperación entre los intervinientes.

4. TEORÍAS ECONÓMICAS EN TORNO A LA COMPETENCIA FISCAL

4.1 Notas preliminares

Aunque la competencia fiscal ha existido siempre, el interés político y doctrinal por sus efectos y causas es relativamente reciente. Las razones son simples si partimos de la premisa de que existen dos elementos fundamentales para la aparición del arbitraje fiscal necesario para el

nacimiento de dinámicas de competencia fiscal: diferencias de presión fiscal y facilidad para trasladar las bases imponibles gravadas⁷⁶.

Durante muchos siglos, los sistemas fiscales no estaban suficientemente desarrollados como para fomentar la deslocalización por motivos fiscales. Además, el escaso desarrollo de las comunicaciones, el transporte y la seguridad jurídica dificultaban cualquier traslado de bases. En el siglo XX, a pesar de que se desarrollaron los sistemas fiscales incrementando enormemente la presión fiscal sobre los ciudadanos y las empresas, se erigieron un gran número de barreras inmateriales a la movilidad transnacional: control de capitales, leyes de inmigración, aranceles etc.

Este escenario contribuyó a que los primeros trabajos sobre la competencia fiscal no tuvieran como base un escenario internacional, sino que nacieran en un Estado federal como Estados Unidos, con el objetivo de estudiar la interacción entre los diferentes niveles de jurisdicción: tanto la competencia vertical entre el poder central y los Estados federales, como la competencia horizontal entre colectivos locales o entre los propios Estados federales⁷⁷.

No obstante, en los años 80 se consolidó el proceso de eliminación de barreras comerciales y la liberalización del mercado de capitales. Todo ello, unido a las iniciativas internacionales de integración económica como el proyecto de la UE y el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación, creó un nuevo marco de relaciones internacionales que ha recibido el apelativo de globalización económica⁷⁸.

El mayor volumen de doctrina sobre la competencia fiscal ha sido desarrollado en el campo de la economía. Como ya hemos indicado, en un

⁷⁶ En el capítulo 2 ahondaremos en estos dos factores y observaremos su incidencia y articulación como elementos básicos de la existencia de competencia fiscal.

⁷⁷ DOS SANTOS, A. C., “L’Union européenne...”, *op. cit.*, pág 69.

⁷⁸ Aunque existen infinidad de definiciones, asumiremos la adoptada por el Fondo Monetario Internacional: “Globalization refers to the growing interdependence of countries worldwide through the increasing volume and variety of cross-border transactions in good and services and of international capital flows, and also through the more rapid and widespread diffusion of technology”. Véase: *World Economic Outlook*, Fondo Monetario Internacional, Mayo, 1997, pág. 45.

primer momento la mayor parte de estos trabajos provenían de los Estados Unidos, donde la especial interacción entre los diferentes niveles de gobierno configuraba un escenario ideal para el estudio de este fenómeno. En Europa, en cambio, a pesar de que también existían experiencias federales, hasta que no ha avanzado la integración económica en la Unión Europea no se ha desarrollado una literatura en torno a la competencia fiscal.

La influencia normativa de la Unión Europea ha provocado, al contrario que en Estados Unidos, que la atención doctrinal por la competencia fiscal esté mucho más equilibrada entre los especialistas en teoría económica y los juristas. No obstante, dado que el objetivo de este trabajo es realizar un análisis transversal de los efectos de la competencia fiscal sobre la relocalización de factores, resulta imprescindible conocer las principales conclusiones alcanzadas por los innumerables estudios económicos en relación a los efectos y al desarrollo de la competencia fiscal.

Lejos de lo que podríamos pensar en un principio, existe una cierta división dentro de la doctrina económica sobre los efectos beneficiosos o perniciosos de este fenómeno. Esta división tiene su razón de ser en las diferentes visiones del poder público, de su papel en la economía y de la valoración positiva o negativa de una posible armonización fiscal.

Dado que existen estudios en todos los ámbitos y con resultados dispares, realizaremos una primera exposición genérica que nos dote de una perspectiva básica de las diferentes teorías fundamentales sobre la competencia fiscal. Huelga decir que la literatura norteamericana, hasta entrada la década de los 80, ha estado un paso por delante de cara a analizar y modelizar los efectos de la competencia fiscal. La experiencia del gran mercado norteamericano y la interacción entre sus Estados son, por tanto, de un gran valor para evaluar la evolución de la Unión Europea.

4.2 El modelo de TIEBOUT (1956): la primera piedra de la teoría sobre la competencia fiscal

El trabajo que puede considerarse la primera piedra en la edificación de la teoría sobre la competencia fiscal fue presentado por TIEBOUT en el año 1956⁷⁹. En su origen, sin embargo, el modelo no tenía como objetivo la explicación del fenómeno de la competencia fiscal, sino construir un modelo que vinculara el suministro de bienes públicos a un modelo análogo al de competencia perfecta neoclásico para los bienes privados, de tal modo que los ciudadanos revelaran sus preferencias por los bienes públicos⁸⁰.

En concreto, el autor sostiene como teoría básica que son los ciudadanos los que realmente eligen el nivel de bienes públicos ofrecido por su comunidad local⁸¹, ya que mantendrán su residencia o la trasladarán

⁷⁹ TIEBOUT, C. M., "A Pure Theory...", *op. cit.*, págs. 416-424. Son muchos los autores que han destacado el trabajo de TIEBOUT como la primera gran obra de referencia en la teoría económica en esta materia. Véanse, entre otros: JANEBA, E. y SCHJELDERUP, G., "Tax Competition: A Review of the Theory", *Regjeringen Bondevik II*, Noruega, 2002.

⁸⁰ La inexistencia de este mecanismo de información sobre las preferencias de los ciudadanos-consumidores era el gran escollo que encontraron los trabajos de Musgrave (1939) y Samuelson (1954, 1955) para una asignación eficiente de los bienes públicos. Dado que los ciudadanos pueden acceder libremente al bien público, no tienen ningún incentivo para hacer ver el precio que estarían dispuestos a pagar por su disfrute. Véase: MUSGRAVE, R. A., "The Voluntary Ex-change Theory of Public Economy", *Quarterly Journal of Economics*, Vol. LII, 1939, págs. 213-217.

⁸¹ La adopción de la perspectiva local es fundamental para la revolución doctrinal planteada por Tiebout. Mientras que el ciudadano no tiene capacidad para incidir sobre las decisiones del gobierno central, en el ámbito local el "consumer-voter" puede elegir la comunidad cuya proporción de gasto público-nivel impositivo se adapta mejor a sus preferencias. En palabras del autor "At the central level the preferences of the consumer-voter are given, and the government tries to adjust to the pattern of these preferences, whereas at the local level various governments have their revenue and expenditure patterns more or less set." TIEBOUT, C. M., "A Pure Theory...", *op. cit.*, pág. 418. De hecho, no es de extrañar el desarrollo de este modelo en el seno de las corporaciones locales en los Estados Unidos ya que sus características permitían emular un mercado en competencia perfecta. En primer lugar existe una gran atomización, con alrededor de 90,000 gobiernos locales, que incluyen 3.000 condados, sobre 14.000 distritos escolares, más de 20.000 municipios y decenas de miles de ciudades y distritos especiales. Aparte, su estructura fiscal podía ser simplificada dado que sus ingresos provenían fundamentalmente (alrededor del 70%) de un impuesto local sobre la propiedad (*local property tax*) y el principal bien público que financiaban era la educación (entre el 40 y el 50% de todos los gastos municipales). Con estos ingredientes, los primeros estudios sobre la competencia fiscal, circunscritos al ámbito local, se construyeron bajo la premisa de que los gobiernos locales no tenían poder de decisión en el mercado, que estaba integrado por un único bien público (la educación) financiado con un único recurso fiscal (el impuesto sobre la

a aquella comunidad que haya optado por un nivel de prestación que se adapte mejor a sus preferencias⁸².

Aunque se suele atribuir al propio TIEBOUT, ha sido la literatura posterior la que acuñó la famosa expresión *voting with the feet* para hacer referencia a esta facultad de elección del ciudadano, en la que identificamos claramente un comportamiento de arbitraje fiscal. No obstante, sí que se puede sustraer claramente el concepto del siguiente párrafo: “Just as the consumer may be visualized as walking to a private market place to buy his goods, the prices of which are set, we place him in the position of walking to a community where the prices (taxes) of community services are set”⁸³.

Si entendemos que un mayor nivel de servicios públicos exige una mayor presión fiscal, este será el precio que los ciudadanos aceptan pagar por el disfrute de los servicios públicos ofrecidos. En el modelo primigenio este precio se materializaría en un impuesto a tanto alzado o *head-tax*. Se traslada así al ámbito público la idea de mercado, inicialmente prevista para la producción y venta de bienes y servicios privados. De este modo, los gobiernos deberán realizar un análisis de coste-beneficio y maximizar su eficiencia al suministrar bienes públicos⁸⁴.

Obviamente, para la construcción de esta teoría se debió partir de un conjunto de premisas de partida muy simplistas, paralelas a las

propiedad). Véase: WILDASIN, D. E., “Fiscal Competition”, *IFIR Working Paper*, núm. 5, 2005, págs. 3-4.

⁸² “The act of moving or failing to move is crucial. Moving or failing to move replaces the usual market test of willingness to buy a good and reveals the consumer-voter's demand for public goods. Thus each locality has a revenue and expenditure pattern that reflects the desires of its residents”. TIEBOUT, C. M., “A Pure Theory...”, *op. cit.*, pág. 420.

⁸³ TIEBOUT, C. M., “A Pure Theory...”, *op. cit.*, pág. 422. De hecho, en sus conclusiones TIEBOUT hace ver como su modelo está destinado a superar las limitaciones apreciadas por SAMUELSON en la demanda de bienes públicos. Para este segundo autor la falta de información solo podría ser compensada con “*other kinds of voting or signaling*”. La respuesta del modelo de Tiebout no es otra que el conocido “*voting with the feet*”. Véanse los límites expuestos en: SAMUELSON, P. A., “The Pure Theory of Public Expenditures”, *Review of Economics and Statistics*, Vol. 36, núm. 4, 1954, págs. 387-89.

⁸⁴ SCHÖN, W., “Tax Competition in Europe – General Report”, en AAVV., *Tax Competition in Europe*, Coordinador: Wolfgang Schön), Amsterdam: International Bureau of Fiscal Documentation, 2003, pág. 5. En el mismo sentido: DOS SANTOS, A. C., “L’Union européenne...”, *op. cit.*, pág. 79.

establecidas por los teóricos del mercado en competencia perfecta⁸⁵. Por ejemplo, los ciudadanos deben gozar de plena movilidad y tener absoluto conocimiento sobre los criterios de gastos de cada comunidad para tomar su decisión. Además, presupone un aislamiento absoluto irreal entre las comunidades. Es decir, la elección de un determinado nivel de bienes públicos elegido en una jurisdicción no crearía externalidades de ningún tipo en las demás.

Dentro de esta serie de premisas, se introduce el factor clave que dota al sistema de dinamismo y que justificaría que no existieran infinitas comunidades: a cada nivel de servicios establecido por una comunidad corresponde un tamaño óptimo, al existir tanto costes fijos de funcionamiento del servicio, como costes marginales crecientes alcanzado un determinado nivel de saturación⁸⁶. La búsqueda de este “tamaño óptimo” incentivará a las comunidades por debajo del mismo a atraer nuevos residentes⁸⁷.

La conclusión fundamental del modelo es, por tanto, que las diferencias entre jurisdicciones son positivas porque maximizan la oportunidad de los ciudadanos de satisfacer su nivel ideal de servicios públicos; consecuentemente, cualquier intento por armonizar los tipos

⁸⁵ Realiza una buena síntesis de los paralelismos entre las premisas de ambos modelos, el de Tiebout y el de competencia perfecta: MILTON SAMUEL, C. R., *La teoría de los bienes públicos locales: estado actual y reconsideraciones*, Universidad Nacional de Colombia, 2011, pág. 10.

⁸⁶ En palabras concretas del autor: “For every pattern of community services set by, say, a city manager who follows the preferences of the older residents of the community, there is an optimal community size. This optimum is defined in terms of the number of residents for which this bundle of services can be produced at the lowest average cost. This, of course, is closely analogous to the low point of a firm's average cost curve.” TIEBOUT, C. M., “A Pure Theory...”, *op. cit.*, pág. 419. Al introducir el componente del “tamaño óptimo” de la comunidad Tiebout supera la tesis expuesta por MUSGRAVE, según la cual el coste de servicios públicos adicionales es constante. Véase: MUSGRAVE, R. A., “The Voluntary Ex-change Theory of Public Economy”, *op. cit.*

⁸⁷ He aquí, a nuestro parecer, un aspecto poco destacado del modelo de TIEBOUT y que aportaba una justificación para el desarrollo de competencia fiscal entre jurisdicciones: el deseo de reducir el coste medio puede llevar a las comunidades a incentivar la instalación de nuevos residentes. De este modo, una teoría prevista inicialmente para ofrecer información a los poderes públicos sobre las preferencias de los ciudadanos mediante la decisión de trasladarse o no a otra comunidad acaba justificando el diseño de sistemas de incentivos para atraer miembros de otras jurisdicciones.

impositivos se considera contraproducente⁸⁸. En el modelo, la provisión de servicios públicos alcanza un equilibrio óptimo equivalente al de un mercado en competencia perfecta, dado que todos los ciudadanos encuentran una jurisdicción que satisfaga su demanda ideal de servicios públicos; eso sí, a cambio de un impuesto a tanto alzado o *head tax* igual al coste de ofrecerle dichos servicios⁸⁹.

La literatura posterior se ha ocupado de resaltar las limitaciones del modelo simplista planteado por TIEBOUT. Hay que reconocer, sin embargo, que el propio autor ya introdujo dudas sobre la vigencia plena de sus premisas iniciales, al presumir que, al igual que en los mercados competitivos, se podrían presentar “fallos de mercado”⁹⁰. De hecho, considera que es el mercado competitivo real, con sus respectivas rigideces, y no el marco teórico de la competencia perfecta, el que mejor se adapta a la verdadera dinámica de la provisión de servicios públicos de su modelo.

Dos de estos fallos son evidentes y están como consecuencia de la simplificación de la realidad que plantea el modelo. En primer lugar, los ciudadanos no son perfectamente móviles al existir costes de traslado entre jurisdicciones. Por tanto, estos incluirán este análisis coste-beneficio en su toma de decisión. Estos costes no serían solo económicos, ya que existen importantes barreras económicas, culturales o lingüísticas que condicionan el traslado de las personas físicas y, por extensión, el traslado de empresas o la movilidad de capitales, que aunque puedan estar menos condicionados por estos factores, es evidente que también se someten a sus efectos⁹¹. Mientras más elevados sean estos costes, mayor será el número de ciudadanos que estará ubicado en una región cuya provisión de

⁸⁸ AVI-YONAH, R. S., “Globalization, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State”, Harvard Law School, *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Working Paper, Núm. 4, 2000, pág. 34.

⁸⁹ WILSON, J. D., “Theories of Tax Competition”, *National Tax Journal*, Junio 1999, núm. 52, pág. 272.

⁹⁰ “The problems stated by this model are not unique; they have their counterpart in the private market”. TIEBOUT, C. M., “A Pure Theory...”, *op. cit.*, pág. 422.

⁹¹ DOS SANTOS, A. C., “L’Union européenne...”, *op. cit.*, pág. 78.

servicios públicos no considere óptima⁹². El segundo fallo tiene su origen en la dificultad para implantar en la realidad económica actual un *head tax* equivalente al nivel de servicios públicos recibidos. El negativo experimento de su implantación en el Reino Unido es un ejemplo de ello⁹³.

Aparte de estos dos elementos, el modelo de TIEBOUT también es cuestionado por su incapacidad para explicar las externalidades entre las comunidades, dada la nula interacción que plantea⁹⁴ y por plantear un modelo basado únicamente en los individuos y que no aborda la situación de las empresas⁹⁵.

Desde una perspectiva más actual, resulta evidente que estamos ante un modelo académico que parte de un conjunto de premisas sociales y económicas simplistas y, en todo caso, alejadas de la realidad de un entorno como la Unión Europea.

⁹² El propio TIEBOUT, como hemos indicado, reconoce estos costes como un modo de alejarse de la teórica solución óptima: "These models then, unlike their private-market counterpart, have mobility as a cost of registering demand. The higher this cost, ceteris paribus, the less optimal the allocation of resources". TIEBOUT, C. M., "A Pure Theory...", *op. cit.*, pág. 422.

⁹³ La puesta en práctica de un *head tax* tiene como principal obstáculo su ruptura con el modelo de capacidad contributiva y solidaridad presente en las sociedades desarrolladas y sería, por tanto, políticamente impracticable. Como indicamos, este hecho se puede observar en la nefasta experiencia de su implantación en el Reino Unido, el denominado *poll tax*. En efecto, entre los años 1989 y 1990 la por entonces primera ministra británica Margaret Thatcher (reelegida en tres ocasiones) promovió la aprobación del *Community Charge*, conocido popularmente como *poll tax*, que sustituía el sistema de tributación local conforme al valor de la propiedad por un impuesto a tanto alzado en función del número de residentes en cada vivienda. Su aprobación trajo consigo importantes manifestaciones conocidas como *Poll Tax Riots* e incluso originó un fuerte movimiento de objeción contra su pago. Su fracaso e impopularidad es señalado por la mayoría de los analistas como una de las principales causas de la caída de la "Dama de Hierro". Este polémico impuesto fue derogado pocos meses después con la llegada al poder del laborista John Major en 1991. Véase: WATT, P. A. y GIBSON, J. G., "The Political Economy of the Failure of the British Poll Tax: A Public Choice Interpretation", *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, núm. 2, 1994, págs. 206-232.

⁹⁴ Aunque esta crítica sea merecida, no se reconoce suficientemente que TIEBOUT aborda esta cuestión con humildad, reconociendo que la existencia de externalidades puede incluso promover diversas formas de integración: "There are obvious external economies and diseconomies between communities (...) In cases in which the external economies and diseconomies are of sufficient importance, some form of integration may be indicated". TIEBOUT, C. M., "A Pure Theory...", *op. cit.*, pág. 423.

⁹⁵ KENYON, D. A., HOXBY, C. y RESCHOVSKY, A., "Theories of interjurisdictional competition", *New England Economic Review*, Marzo-Abril, 1997, pág. 20. Un trabajo posterior de OATES y SCHWAB sí incluyó la perspectiva empresarial y llegó a conclusiones similares que las expuestas por TIEBOUT. Véase: OATES, W. E. y SCHWAB, R. M., "The allocative and distributive implications of local fiscal competition", en AA.VV., *Competition among states and Local Governments: Efficiency and Equity in American Federalism*, directores: Daphne A. Kenyon y John Kincaid, Urban Institute Press, Washington D. C., 1991, págs. 127-146.

A pesar de estas limitaciones, el trabajo TIEBOUT se puede considerar la raíz común de la mayoría de estudios posteriores. Conforme a su modelo, la competencia fiscal entre comunidades y la diversidad de sistemas es beneficiosa; por el contrario, cualquier forma de armonización o la fijación de obstáculos a la libre circulación sería contraproducente por impedir alcanzar la solución óptima ideal, en que cada ciudadano encuentra una jurisdicción que se adapta perfectamente a su demanda de bienes públicos.

4.3 OATES: la base teórica para un cambio de modelo (1972)

Partiendo del modelo del apartado anterior, OATES plantea en su conocida obra *Fiscal Federalism* (1972)⁹⁶ la dificultad de implantar un sistema fiscal eficiente y justo en una economía abierta de esquema federal en la que fluyan entre las jurisdicciones tanto los bienes como las personas⁹⁷. La propuesta de TIEBOUT de un *head tax* funcionaría en un mundo ideal en que existiera una distribución equitativa de la renta; sin embargo, la existencia de importantes disparidades hace aconsejable la implantación de medidas correctoras basadas en la capacidad contributiva. De hecho, critica el autor, los sistemas fiscales en la realidad están integrados por un conjunto de impuestos que gravan el consumo, la propiedad y la renta⁹⁸.

El peligro fundamental de este sistema complejo, es que si una jurisdicción por sí sola decide implantar un programa fiscal que rompe con la ecuación “impuestos pagados = servicios recibidos”, bien cargando un

⁹⁶ OATES, W. E., *Fiscal Federalism*, The Harbrace Series in Business and Economics, Nueva York, 1972, págs. 126 y ss.

⁹⁷ Este sistema fiscal ideal en opinión del autor: “is one that introduces no undesired distortions in the functioning of the pricing system; promotes effective public decision-making; has, in conjunction with expenditure programs, an equitable pattern of incidence; and imposes only minimal costs of administration on tax officials and on compliance of taxpayers”. OATES, W. E., “Fiscal Federalism”, *op. cit.*, pág. 126.

⁹⁸ OATES, W. E., “Fiscal Federalism”, *op. cit.*, pág. 131.

mayor peso sobre el consumo, sobre las rentas más altas o sobre la propiedad, existe un claro riesgo de que los sujetos perjudicados *huyan* de la jurisdicción⁹⁹. La solución sería que estas medidas redistributivas las adoptara principalmente un nivel superior de jurisdicción, dejando en manos de las jurisdicciones inferiores, en función del grado de movilidad de los factores, el establecimiento de gravámenes más vinculados a dicha ecuación coste-beneficio; un ejemplo de los cuales serían las tasas.

Tras advertir de estos problemas no contemplados en el modelo anterior, OATES pasa a analizar un escenario más cercano a la realidad, con nuevas premisas, en el que la movilidad recae sobre los flujos de capital en vez de sobre los ciudadanos¹⁰⁰. Este sistema genera importantes externalidades, principalmente por el miedo de las autoridades a imponer un gravamen sobre el capital que pueda promover la fuga de inversiones a otra jurisdicción, con el correspondiente riesgo para el empleo y los niveles de renta de la región.

La contrapartida, sin embargo, es el nacimiento de competencia fiscal entre los gobiernos, que tratarán de atraer estas mismas inversiones a la vez que protegen los negocios locales mediante diferentes incentivos. Esta reducción de la presión fiscal causaría una sub-provisión de bienes públicos en opinión del autor:

“The result of tax competition may well be a tendency toward less than efficient levels of output of local public services. In an attempt to keep tax rates low to attract business investment, local officials may hold spending below those levels for which marginal benefits equal marginal costs,

⁹⁹ OATES, W. E., “Fiscal Federalism”, *op. cit.*, págs. 132-137.

¹⁰⁰ Este modelo, como indica el autor, está basado en un conjunto de trabajos de MCLURE en los que se demuestra la existencia de claras externalidades en la política fiscal de las jurisdicciones. Véanse del mismo autor: MCLURE, C., “The Interstate Exporting of State and Local Taxes: Estimates for 1962”, *National Tax Journal*, Vol. 20, marzo, 1967, págs. 49-77; “The Inter-Regional Incidence of General Regional Taxes”, *Public Finance*, Vol. 24, núm. 3, 1969, págs. 457-483 y “Taxation, Substitution and Industrial Location”, *Journal of Public Economy*, Vol. 78, enero-febrero, 1970, págs. 112-132.

particularly for those programs that do not offer direct benefits to local business”¹⁰¹.

Aparte de señalar este efecto perverso causado por la competencia fiscal en presencia de movilidad de capital, el autor ya vaticinaba que los gobiernos compensarían su pérdida de ingresos con un incremento de los gravámenes sobre las bases menos móviles: el trabajo y la propiedad inmobiliaria¹⁰².

En definitiva, la gran aportación de OATES es que examina por primera vez la presencia de externalidades en la interacción entre jurisdicciones, que deben incluir en su proceso de decisión los costes (y beneficios)¹⁰³ derivados de la imposición del capital como factor móvil. En este escenario, la competencia fiscal empeoraría la situación de las jurisdicciones en su conjunto e impediría la consecución de programas redistributivos (ya que no aportan a la competitividad de las empresas); por ello, dentro de este modelo, con sus evidentes limitaciones, resulta deseable la intervención de una autoridad central mediante fórmulas de armonización o coordinación¹⁰⁴.

4.4 El modelo básico de competencia fiscal: ZODROW y MIESZKOWSKI (1986)

El desarrollo teórico realizado por OATES no fue trasladado a modelos formales hasta entrada la década de los 80, en que varios autores

¹⁰¹ OATES, W. E., “Fiscal Federalism”, *op. cit.*, pág. 143.

¹⁰² Aunque la movilidad de los factores depende de un cúmulo de circunstancias, el autor destaca el tamaño de la jurisdicción: para una jurisdicción grande el factor trabajo es más inmóvil que para una pequeña, que solo podrá considerar inmóvil la tierra (propiedad inmobiliaria). Este hecho, sin duda puede contribuir al importante papel de la tributación inmobiliaria en el ámbito local en los diferentes Estados.

¹⁰³ Entre estos costes WILSON señala la bajada en los salarios, en el nivel de empleo, la pérdida de valor de las propiedades y, obviamente, la reducción en las bases imponibles móviles. Véase: WILSON, J. D., “Theories of tax competition”, *op. cit.*, pág. 269.

¹⁰⁴ DOS SANTOS, A. C., “L'Union européenne...”, *op. cit.*, pág 81.

propusieron un desarrollo matemático de sus planteamientos¹⁰⁵. El conocido como “modelo básico de competencia fiscal” o “ZM model” de los autores ZODROW y MIESZKOWSKI (1986) es el que emplearemos para nuestra explicación, tanto por su simplicidad, como por haber servido de base para una interesante terna de estudios que lo han ido completando.

4.4.1 Las premisas del modelo básico

El modelo está basado en un sistema en el que los ciudadanos no se desplazan entre jurisdicciones, ya que la demanda de servicios públicos se considera homogénea. Se rompe además con la premisa simplista del modelo de TIEBOUT conforme a la cual los servicios públicos se financiaban únicamente con un impuesto sin efectos distorsivos de importe fijo (*head tax*) y se introduce además un impuesto proporcional sobre el capital; un capital que se considera totalmente móvil entre jurisdicciones aunque su importe total es fijo. El elemento de dinamismo de la economía en este modelo deja así de recaer sobre los ciudadanos y queda simbolizado en sus inversiones de capital, que podrán desplazarse libremente allí donde alcancen una mayor productividad marginal después de impuestos¹⁰⁶.

En este modelo básico se confrontarían dos regiones, A y B, que comparten una misma base imponible móvil (capital) y tienen dos instrumentos fiscales a su servicio, un impuesto sobre el capital y un impuesto a tanto alzado o *head tax*. Sus políticas fiscales son absolutamente interdependientes: una subida de los tipos sobre el capital en la región A incentivaría el traslado de parte de ese capital a la región B (que se ve así beneficiada por una externalidad positiva del sistema

¹⁰⁵ ZODROW, G. R. y MIESZKOWSKI, P., “Pigou, Tiebout, Property Taxation, and the Underprovision of Local Public Goods,” *Journal of Urban Economics*, núm.19, 1986, págs. 356-370. También desarrolló un modelo similar WILSON, J. D., “A Theory of Interregional Tax Competition,” *Journal of Urban Economics* núm. 19, 1986, págs. 296-315.

¹⁰⁶ Muchos autores han explicado posteriormente las características de este modelo básico de competencia fiscal. Entre ellos: WILSON, J. D., “Theories of tax competition”, *op. cit.*, págs. 273 y ss.; GENSCHEL, P. y SCHWARZ, “Tax Competition: a literature review”, *Socio-Economic Review*, núm. 9, 2011, págs. 341-342 o ZODROW, G. R., “Tax Competition and Tax Coordination in the European Union”, *International Tax and Public Finance*, núm. 10, 2003, págs. 654-655.

incrementando su recaudación en función del volumen de capital que se deslocaliza desde la región A). Igualmente, un descenso de los tipos en la región A producirá una externalidad negativa en la región B, al atraer capital hacia la primera región.

En este escenario, el modelo predice que un incremento en el número de jurisdicciones, si éstas son suficientemente pequeñas, producirá un abandono del impuesto sobre el capital, recayendo las finanzas públicas únicamente sobre el *head tax*, hecho que podría llevar a una solución neutral¹⁰⁷. Sin embargo, en la práctica, por motivos políticos, sociales o jurídicos, los gobiernos se ven obligados a gravar también el capital, lo cual harán a unos tipos ineficientemente bajos (al no tener en cuenta la externalidad positiva de un incremento impositivo sobre las demás jurisdicciones) dando nombre al fenómeno conocido como *race to the bottom*¹⁰⁸, que conlleva un suministro deficiente de servicios públicos¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Conforme a su modelo, muy similar al ZM, WILSON confirma el escenario ideal que supondría la desaparición del impuesto sobre el capital y la imposición de un único *head tax*: "Governments would behave efficiently if they were allowed to raise revenue by imposing lump sum taxes on their residents. With lump sum taxation, local governments would no longer believe that private production is not sufficiently capital intensive, and they would therefore no longer attempt to stimulate capital investment by pursuing inefficient tax and public expenditure policies". Véase: WILSON, J. D., "A Theory of Interregional Tax Competition," *op. cit.*, pág. 308. No obstante, como ya se criticó a TIEBOUT, esta posibilidad no es factible en el contexto económico y jurídico actual.

¹⁰⁸ Tal y como indica ZODROW en una obra posterior, se puede entender fácilmente la mecánica del modelo si se tienen en cuenta sus simples asunciones: 1) Un gran número de pequeñas jurisdicciones; 2) Mercados perfectamente competitivos; 3) Un equilibrio de Nash en el cual cada jurisdicción toma como fijo la rentabilidad neta del capital y los tipos de las demás; 4) La población y la tierra son fijas; 5) Preferencias e ingresos iguales en todos los residentes de una jurisdicción; 6) Una oferta de capital fija pero perfectamente móvil entre jurisdicciones; 7) Un único bien que es producido con capital y el factor fijo (trabajo o tierra); 8) Gobiernos que suministran también un bien público que beneficia únicamente a los residentes, sin externalidades con otras jurisdicciones y que puede adaptarse a los modelos de los bienes privados; 9) Dos instrumentos fiscales: un impuesto sobre el capital y un *head tax*; 10) Los gobiernos locales actúan para maximizar el bienestar de sus ciudadanos. Véase: ZODROW, G.R., "Tax Competition and Tax Coordination in the European Union", *op. cit.*, pág. 654. El propio autor ha reconocido en otra obra que: "In this context, if a tax on immobile local factors is available, then a source-based tax on mobile capital is undesirable (...) such a tax would drive out perfectly mobile capital until the nationally or internationally determined after-tax rate of return to capital was achieved, with the burden of the tax borne entirely by local residents in the form of lower wages and land rents or higher prices for non-tradable goods. As a result, it is preferable simply to tax local residents directly and at least avoid the efficiency costs of the tax emigration, lower capital intensities in production, and a tax bias against consumption of capital-intensive goods. If instead the government is for political or other reasons constrained to utilize a source-based tax on capital income, it is likely to under-provide public services due to concern about driving mobile capital out of the jurisdiction". ZODROW, G. R., "Capital mobility and capital tax competition", *National Tax Journal*, Vol. 63, núm. 4, 2010, págs. 881-882.

El resultado de este modelo ha servido de argumento en favor de la armonización, ya que pronostica una mejora de la eficiencia si interviene una autoridad central que promueva fórmulas de coordinación entre las jurisdicciones¹¹⁰.

4.4.2 Completando el modelo básico

Como su propio nombre indica, la simplicidad de este modelo básico también le hacía adolecer de innegables deficiencias. Este hecho ha fomentado la proliferación de un gran número de estudios que, mediante la introducción de algunas variables adicionales, han tratado de adaptarlo a la complejidad de la realidad económica, permitiendo alcanzar interesantes conclusiones¹¹¹.

4.4.2.1 Diferente tamaño de las regiones

Por un lado, varios autores introdujeron como nuevo factor dentro del modelo el tamaño de las regiones¹¹². Su principal conclusión es que en

¹⁰⁹ Avisan de este efecto en primer lugar ZODROW, G. R. and P. MIESZKOWSKI, "Pigou, Tiebout, Property Taxation, and the Underprovision of Local Public Goods," *op. cit.*, págs. 356-370; WILSON, J. D., "A Theory of Interregional Tax Competition," *Journal of Urban Economics*, Vol. 19, *op. cit.*, págs. 296-315; GENSCHEL, P. y SCHWARZ, P., "Tax competition: a literature review", *op. cit.*, pág. 341. Nos parece muy ilustrativa la explicación concisa realizada por WILDASIN: "Capital mobility implies that heavier taxation will drive capital to other jurisdictions, creating incentives for the government to limit the local tax burden. Since capital taxation is the sole source of local government revenue, capital mobility limits government expenditure". WILDASIN, D. E., "Fiscal Competition", *op. cit.*, pág. 3.

¹¹⁰ Advierten de las ventajas de la coordinación JANEBA y SCHJELDERUP: "The end result is that taxes are set too low resulting in underprovision of public goods levels, that is, an increase in all tax rates at the same time by a small amount would increase public goods supplies and hence welfare in all regions.". Véase: JANEBA, E. y SCHJELDERUP, G., "Tax Competition: A Review of the Theory", *op. cit.* En el mismo sentido: ZODROW, G.R., "Tax Competition and Tax Coordination in the European Union", *op. cit.*, pág. 655.

¹¹¹ Aparte de los trabajos señalados, se puede consultar una extensa referencia a las variaciones del modelo básico en: ZODROW, G.R., "Tax Competition and Tax Coordination in the European Union", *op. cit.*, págs. 655-660 o JANEBA, E. y SCHJELDERUP, G., "Tax Competition: A Review of the Theory", *op. cit.* Realiza una compilación de las mismas DOS SANTOS, C. A., "L'Union Européenne...", *op. cit.*, págs. 88-94.

¹¹² KANBUR, R. y KEEN, M., "Jeux Sans Frontières: Tax Competition and Tax Coordination When Countries Differ in Size", *American Economic Review*, 1993, núm. 83, págs. 877-892; BUCOVETSKY, S., "Asymmetric Tax Competition", *Journal of Urban Economics*, Vol. 30, 1991,

este nuevo escenario la región de menor tamaño tiene mayores incentivos para reducir sus tipos impositivos: la disminución de recaudación producida por la caída en la presión fiscal, ya que se produce sobre una pequeña base inicial, se ve compensada por la atracción de bases desde la región de mayor tamaño.

Es decir, aunque la competencia fiscal ofrezca un resultado global ineficiente, algunas regiones pequeñas, si existe una gran diferencia de tamaño, pueden incluso verse beneficiadas¹¹³, es lo que se ha llamado “*the advantage of smallness*”¹¹⁴. Quedaría de este modo justificado que las jurisdicciones pequeñas se opongan a cualquier proceso de armonización o coordinación, ya que podría eliminar las ventajas que le aporta la existencia de procesos de competencia fiscal¹¹⁵.

Esta posición doctrinal se verá claramente reforzada más adelante, cuando comprobemos cómo Luxemburgo se ha beneficiado de manera sistemática de esta ventaja en el marco de la Unión Europea, especialmente en el ámbito de la fiscalidad indirecta. La misma idea es extensible a otros Estados europeos como Suiza o, con carácter general, a los paraísos fiscales, territorios generalmente de reducido tamaño.

Otros trabajos, en cambio, han observado que las regiones de mayor tamaño pueden adquirir un cierto poder de mercado para influir en el equilibrio del gravamen sobre el capital, lo cual amortiguaría en parte la pronosticada *race to the bottom* prevista para un modelo integrado únicamente por pequeñas regiones¹¹⁶. En este contexto, las regiones de mayor tamaño pueden beneficiarse del fenómeno ya explicado de la exportación fiscal¹¹⁷, que promueve una expansión ineficiente del sector

págs. 167-181; WILSON, J., “Tax Competition with Interregional Differences in Factor Endowments”, *Regional Science and Urban Economics*, Vol. 21, 1991, págs. 423-451.

¹¹³ WILSON, J. D., “Tax competition with interregional differences in factor endowments”, *Regional Science and Urban Economics*, núm. 21, 1991, págs. 445-446.

¹¹⁴ WILSON, J. D., “Theories of tax competition”, *op. cit.*, pág. 278.

¹¹⁵ AVI-YONAH, R. S., “Globalization, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State”, *op. cit.*, pág. 36; DOS SANTOS, C. A., “L’Union Européenne...”, *op. cit.*, pág. 80.

¹¹⁶ JANEBA, E. y SCHJELDERUP, G., “Tax Competition: A Review of the Theory”, *op. cit.*; ZODROW, G.R., “Tax Competition and Tax Coordination...”, *op. cit.*, pág. 660.

¹¹⁷ Véase la explicación realizada en el apartado 3.2 de este mismo capítulo.

público, compensando así la tendencia inversa pronosticada por el modelo básico. Este puede ser el caso, por ejemplo, de la *City* londinense, convertida en el mayor centro financiero de la Unión y que puede influir de modo crucial en los movimientos de capitales.

4.4.2.2 Obstáculos domésticos

Con este apelativo la doctrina hace referencia al conjunto de limitaciones y presiones que ponen en cuestión que la simplicidad del modelo básico de competencia fiscal pueda explicar todas las decisiones impositivas de los Estados¹¹⁸.

Por un lado, nos encontramos un catálogo de *restricciones institucionales* que serían fruto del poder negociador y de veto de los diferentes actores participantes en el proceso de toma de decisiones políticas¹¹⁹. De hecho, aunque una reducción del impuesto sobre sociedades pudiera considerarse una medida inteligente para atraer inversión exterior, es muy posible que la clásica presión ciudadana contra este tipo de políticas retrasara su implantación.

Por otro, algunos autores han advertido de la existencia de un conjunto de *presiones contrapuestas*, identificadas como los límites legales y constitucionales que controlan el sometimiento del sistema a los principios de equidad y capacidad contributiva o las necesidades presupuestarias, que retrasarían o impedirían los efectos previstos por el modelo, haciendo las economías menos vulnerables frente a las presiones

¹¹⁸ Partimos en este punto de la terminología empleada por GENSCHER, P. y SCHWARZ, P., "Tax competition: a literature review", *op. cit.*, pág. 342, que emplean el término *domestic constraints*.

¹¹⁹ Los principales propulsores de esta crítica al pronóstico de una *race to the bottom* son BASINGER y HALLERBERG, que configuran un modelo para dar cabida al coste de la reformas políticas. Conforme al mismo: "a country's own political situation, combined with the institutional makeup of potential competitors, affects a country's decisions regarding competing for capital. In the tax competition case, there is good reason to expect tax rates to remain more or less static and certainly above zero in a host of situations.". Véase: BASINGER, S. J., y HALLERBERG, M., "Remodeling the Competition for Capital: How Domestic Politics Erases the Race to the Bottom", *The American Political Science Review*, Vol. 98, núm. 2, Mayo, 2004, pág. 275.

competitivas¹²⁰. Uno de los casos más evidentes es la incapacidad de una jurisdicción para reducir en el corto plazo las partidas destinadas a financiar el Estado del Bienestar.

La inclusión de estos factores en el modelo podría justificar por qué, en la práctica, no ha existido la drástica caída de la imposición sobre las bases más móviles que se pronosticaba¹²¹.

4.4.2.3 Vecindad

Otro elemento a tener en cuenta para completar el modelo sería introducir la dimensión espacial, es decir, la influencia que puede tener la proximidad de zonas de menor tributación en el desarrollo de una dinámica de competencia fiscal que pueda presionar a la baja, por ejemplo, el tipo del impuesto sobre sociedades.

En el estudio realizado por CANTOS y otros¹²², a partir de la comparación de los tipos estatutarios de varios Estados miembros de la UE, se identifica este efecto al constatar que Alemania ha respondido con mayor agresividad a su exposición a las economías del este que otros Estados miembros no vecinos como Portugal o Italia.

En la misma línea, un estudio desarrollado por OVERESCH y RINKE¹²³ pone en evidencia como los Estados adyacentes a los antiguos Estados comunistas recientemente incorporados a la Unión Europea han reducido

¹²⁰ GANGHOF, S., "Adjusting National Tax Policy to Economic Internationalization. Strategies and Outcomes", en AA.VV., *Welfare and Work in the Open Economy. Volume II. Diverse Responses to Common Challenges*, directores: Fritz W. Scharpf y Vivien A. Schmidt, Oxford University Press, Nueva York, 2000, págs. 597-645. Por ejemplo, frente a la tendencia a trasladar la presión fiscal hacia los factores menos móviles como el trabajo, existe una presión contrapuesta sobre el gobierno para reducir los costes laborales desde el punto de vista de la competitividad internacional y el empleo (pág. 633).

¹²¹ PLÜMPER, T., TROEGER, V. E. y WINNER, H., "Why is There No Race to the Bottom in Capital Taxation?", *International Studies Quarterly*, núm. 53, 2009, pág. 781.

¹²² CANTOS, J. M. y otros, "Consideraciones sobre la competencia fiscal en Europa", *XVII Encuentro de Economía Pública*, 2010, págs. 8-11.

¹²³ Véase: OVERESCH, M. y RINKE, J., "Competition from Low-wage Countries and the Decline of Corporate Tax Rates: Evidence from European Integration", *The World Economy*, Vol. 32, 2009, pág. 1363. En este estudio los autores cifran la reducción de tipos estatutarios en los Estados directamente expuestos a los vecinos del Este de Europa entre 8,1 y 10,5 puntos porcentuales, siendo la incidencia sobre los tipos efectivos algo menor, entre 6,5 y 8,8 puntos porcentuales.

sus tipos estatutarios y efectivos del impuesto sobre sociedades en mayor medida que los Estados periféricos como España, Portugal o Francia, que no han entrado plenamente en la dinámica de competencia fiscal con estas economías.

Unas conclusiones similares alcanza el trabajo de ALTSHULER y GOODSPEED, en el que demuestran que la correlación en la dinámica de tipos impositivos en el impuesto sobre sociedades entre Estados es mayor si se tiene en cuenta el factor de la distancia. En concreto, los autores demuestran la correlación matemática entre los cambios en los tipos impositivos medios de un Estado y el de sus “vecinos”, representados a través de un tipo medio ponderado¹²⁴.

4.4.3 Conclusiones del modelo básico

La principal conclusión que podríamos extraer del modelo básico de competencia fiscal es que la armonización fiscal puede mejorar la eficiencia en la provisión de servicios públicos elevando la tributación a un nivel óptimo. En el contexto de la Unión Europea, además, la debilidad del poder central para realizar transferencias compensatorias¹²⁵ y el elevado

¹²⁴ Véase: ALTSHULER, R. y GOODSPEED, T. J., “Follow the leader? Evidence on European and U.S. Tax Competition”, Rutgers University, *Department Working papers*, núm. 26, 2002, pág. 17. Específicamente, este estudio demuestra que el coeficiente de correlación con los tipos del impuesto de sociedades ponderado de los vecinos es positivo, alcanzando un valor aproximado de 0,36. Es decir, un descenso de diez puntos porcentuales en el impuesto de sociedades ponderado induciría un descenso de alrededor de 3.6 puntos porcentuales en el Estado de referencia. Los autores realizan una extrapolación de estos resultados ponderados al caso de Estados vecinos concretos. Dado que la media de Estados vecinos tenidos en cuenta para realizar la ponderación es de cuatro, los autores consideran que se puede concluir que la influencia individual de cada vecino rondaría 0,1 puntos de correlación (0,36 entre 4). De este modo, diez puntos de descenso en el tipo impositivo del impuesto sobre sociedades de un Estado vecino induciría una reducción en torno al 1 por ciento en el tipo del Estado de referencia. No compartimos esta afirmación, ya que consideramos la influencia externa como un único factor que, independientemente del número de Estados vecinos tenidos en cuenta para la ponderación, afecta de modo global a la dinámica del tipo impositivo. En este estudio se emplean los tipos impositivos medios (ingreso total / producto interior bruto) entre 1968 y 1996 conforme a las estadísticas de la OCDE.

¹²⁵ Una autoridad central puede favorecer la localización eficiente mediante un “corrective subsidy” que internalice la externalidad que los gobiernos ignoran y que los ha llevado a fijar tipos ineficientemente bajos. Véase: WILDASIN, D. E., “Interjurisdictional Capital Mobility: Fiscal

impuesto sobre sociedades vaticinarían importantes beneficios de una armonización¹²⁶. No obstante, la falta de pasos en este sentido ha promovido grandes disparidades en los tipos estatutarios del impuesto, cuyos efectos examinaremos posteriormente¹²⁷.

Sin embargo, los trabajos desarrollados con posterioridad han puesto en evidencia las limitaciones del modelo básico y la irrealidad de sus premisas. Adaptando algunas de ellas a un entorno más real, se han subrayado tanto algunos posibles efectos negativos de la armonización, como la concurrencia de nuevos factores que mitigan los teóricos efectos perversos de la competencia fiscal entre jurisdicciones.

A continuación, expondremos dos líneas doctrinales originales desmarcadas del modelo básico y que proponen nuevos parámetros para analizar el fenómeno de la competencia fiscal.

4.5 Alternativas al modelo básico: la economía geográfica y el Estado Leviatán. Siguiendo a un Nobel

4.5.1 La nueva geografía económica

El modelo propuesto por TIEBOUT y los trabajos sucesivos bebían de las fuentes de la competencia perfecta y pronosticaban que el incremento de la movilidad del capital y la integración económica promoverían que las empresas y los trabajadores se localizasen en las jurisdicciones con un régimen fiscal más benevolente. En respuesta, se desencadenaría un proceso de competencia fiscal por retener y atraer tanto el capital humano

Externality and a Corrective Subsidy”, *Journal of Urban Economics*, núm. 25, 1989, págs. 207-210.

¹²⁶ ZODROW, G.R., “Tax Competition and Tax Coordination in the European Union”, *op. cit.*, pág. 660.

¹²⁷ Destacan, por ejemplo, los tipos de Chipre (10%) e Irlanda (12,5%).

como el económico, lo que conduciría a una *race to the bottom* de los tipos impositivos sobre el capital.

Los teóricos de la nueva geografía económica, en cambio, aplican una modelización propia de la competencia monopolística¹²⁸, al apreciar la existencia de rentas de aglomeración vinculadas a determinadas ventajas competitivas, contradiciendo así el modelo de competencia perfecta¹²⁹. Es decir, aunque el factor fiscal pueda influir, algunas jurisdicciones pueden gozar de ventajas provenientes de su nivel de infraestructuras, del tamaño de su mercado, de su estabilidad política, de su experiencia (*know-how*) etc. Estos beneficios exclusivos promoverán la concentración de la actividad y las inversiones en determinados territorios, incentivados por la existencia de economías de escala y menores costes de transacción¹³⁰. Un ejemplo clásico suele ser el de Silicon Valley, en California¹³¹.

El marco teórico de esta nueva corriente lo conforma principalmente el modelo planteado por KRUGMAN¹³², Premio Nobel de Economía en 2008, conforme al cual la localización de los factores viene determinada por un

¹²⁸ Un mercado en competencia monopolística se caracteriza por la concurrencia de muchas empresas, con productos diferenciados y plena libertad de entrada. El principal resultado de este mercado según la teoría económica es que las empresas actúan con un exceso de capacidad y cobran un precio superior al coste marginal al gozar de diferenciación. Estaría así justificada la atracción de consumidores (o ciudadanos) mediante la publicidad para aprovechar el exceso de capacidad y las economías de escala. Para una explicación sencilla de este sistema de mercado recomendamos: MANKIW, G., "Principios de Economía", *op. cit.*, págs. 335-346.

¹²⁹ La presencia de competencia imperfecta es básica para entender la creación de economías de aglomeración tal y como expone: VENABLES, A. J., "Equilibrium Locations of Vertically Linked Industries", *International Economic Review*, núm. 37, 1996, págs. 356-357.

¹³⁰ PATY, S., "Tax competition and the new economic geography", *Urban Public Economics Review*, núm. 8, 2008, pág. 69.

¹³¹ En esta región al sur de San Francisco se ubican algunas de las más importantes empresas de alta tecnología del mundo, todo ello a pesar de que el Estado de California tiene uno de los niveles de presión fiscal más elevados de los Estados Unidos. Sin embargo, las empresas allí ubicadas se benefician de estas economías de aglomeración (por ejemplo, al concentrar el personal cualificado, los proveedores, el *know how*, etc.)

¹³² El autor, galardonado precisamente por su contribución al análisis de los patrones de comercio y la localización de la actividad económica, perseguía con esta contribución dotar de contenido formal al estudio de la geografía económica. De hecho, la pregunta que quería responder en un primer momento era: "Why and when does manufacturing become concentrated in a few regions, leaving others relatively undeveloped?". El modelo básico que presenta está integrado por dos regiones que producen dos tipos de bienes, con movilidad del factor trabajo, economías de escala en la producción y costes de transporte o comercio. KRUGMAN, P., "Increasing Returns and Economic Geography", *Journal of Political Economy*, Vol. 99, núm. 3, junio, 1991, págs. 483-499.

conjunto de fuerzas opuestas, bien en favor de la concentración, bien en favor de la dispersión, que promueven la creación de un núcleo industrializado y una periferia agrícola¹³³. La existencia de economías de aglomeración (ventajas por concentración) beneficiará a las empresas del núcleo y a su vez promoverá que las jurisdicciones compitan a través de sus políticas fiscales para influenciar en la localización de las inversiones en su territorio¹³⁴.

La principal revelación de la nueva economía geográfica es que la presencia de economías de aglomeración permite a las jurisdicciones del núcleo (*core governments*) gravar a las empresas con un tipo superior aunque lo suficientemente bajo para desanimar a la periferia en su idea de atraer estas inversiones. El modelo pronostica en un principio una competencia fiscal unidireccional: el núcleo fijará su tipo impositivo en función de la competencia potencial de la periferia, que ante el “blindaje” del núcleo¹³⁵, fijaría sus tipos únicamente atendiendo a parámetros domésticos¹³⁶. La realidad, en cambio, consideramos que es diferente. La clara ventaja de los grandes mercados justifica las agresivas campañas de competencia fiscal por parte de los Estados más pequeños o menos

¹³³ En concreto, la presencia de economías de escala provoca que las empresas produzcan en un solo territorio y a su vez, para reducir los costes de transacción, opten por localizarse en un territorio con un gran mercado (*backward linkage*). Los consumidores y las propias empresas, además, preferirán vivir o producir en la región donde haya más empresas establecidas pues tendrán acceso a más productos y a un menor precio en esta ubicación “central” (*forward linkage*). KRUGMAN, P., “Increasing Returns and Economic Geography”, *op. cit.*, págs. 485-486. La intensidad de este proceso de aglomeración previsto por el modelo dependerá de tres factores fundamentales: los costes de transporte, la preferencia por bienes diferenciados y la cuota del sector monopolísticamente competitivo. PATY, S., “Tax competition and the new economic geography”, *op. cit.*, pág. 70.

¹³⁴ Las economías de aglomeración crean rentas que son gravables. Este hecho justifica la adopción de las medidas necesarias para atraer empresas que puedan contribuir a la creación de un *cluster* que cree esta ventaja; con el tiempo la existencia de economías de aglomeración compensará el esfuerzo financiero realizado en un primer momento. Además, los estudios parecen demostrar que la presencia de economías de aglomeración protege a los Estados frente a una *race to the bottom* de la fiscalidad del factor trabajo más móvil. ANDERSSON, F. y FORSLID, R., “Tax Competition and Economic Geography”, *Journal of Public Economic Theory*, Vol. 5, núm. 2, 2003, pág. 300.

¹³⁵ “A consequence of this is that mobile factors may not respond to marginal changes in tax rates if they are locked in by the existence of an industrial cluster. This stands in stark contrast to a standard neoclassical framework, where a marginal tax change in a region leads to a marginal movement of factors”. ANDERSSON, F. y FORSLID, R., “Tax Competition and Economic Geography”, *op. cit.*, pág. 281.

¹³⁶ BALDWIN, R. E. y KRUGMAN, P., “Agglomeration, integration and tax harmonization”, *European Economic Review*, núm. 48, 2004, pág. 21.

beneficiados por su localización. Su objetivo es claro: compensar a través de menor presión fiscal su falta de acceso a las economías de aglomeración y, por tanto, su incapacidad para generar mayores beneficios antes de impuestos¹³⁷.

Conforme a los parámetros del modelo, un proceso de integración como el desarrollado en la Unión Europea, que elimina obstáculos a la libre circulación de los factores y minimiza los costes de transacción, puede incrementar la influencia de las economías de aglomeración, limitando así la pronosticada *race to the bottom* prevista por el modelo básico¹³⁸. Por su parte, los resultados previstos para un proceso de armonización en presencia de economías de aglomeración (que en el modelo básico beneficiaba a todos los Estados) dependerán, según los teóricos, del modo en que se lleve a cabo. La fijación de un tipo común perjudicaría al menos a un Estado e incluso, de fijarlo a un tipo intermedio de entre los existentes, puede acabar perjudicando a todos. En cambio, el establecimiento de un tipo mínimo, beneficia a la jurisdicción con tipos más elevados, mientras que la otra región permanece indiferente¹³⁹.

En conclusión, la nueva economía geográfica apunta a que la integración económica no solo no incentiva, sino que incluso puede reducir la intensidad de la competencia fiscal, al incrementar la posibilidad de que se desarrollen economías de aglomeración. Además, sus planteamientos justifican cualquier tipo de ayuda para atraer actividades del exterior o la

¹³⁷ En esta línea encontramos el trabajo de VORDING, H., "A level Playing Field for Business Taxation in Europe: Why Country Size Matters", *European Taxation*, núm. 11, 1999, págs. 410-421.

¹³⁸ De hecho, como advierten HANSSON y OLOFSDOTTER, ambos procesos pueden coexistir. Mientras que en las fases iniciales de integración puede predominar la existencia de competencia fiscal conforme pronostica el modelo básico, a medida que avanza el proceso de integración aumenta el rol de las economías de aglomeración, que evitarían la temida *race to the bottom*. HANSSON, A. y OLOFSDOTTER, K., "The effects of tax competition and new economic geography on taxation in OECD countries", Lund University, 2003, mimeo, pág. 15. Un resultado similar alcanza otro estudio con 19 Estados de la OCDE, que demuestra la pervivencia de tipos impositivos más elevados en los Estados del núcleo frente a la periferia, limitando así el efecto de la caída en el impuesto sobre sociedades causada por la competencia fiscal. Véase: GARRETSEN, H. y PEETERS, J., "Capital Mobility, Agglomeration and Corporate Tax Rates: Is the Race to the Bottom for Real?", *DNB Working Paper*, núm. 113, 2006, pág. 21.

¹³⁹ BALDWIN, R. E. y KRUGMAN, P., "Agglomeration, integration and tax harmonization", *op. cit.*, pág. 22.

mayor agresividad de las pequeñas economías con problemas para acceder a economías de aglomeración¹⁴⁰. De hecho, lejos de menoscabar la autonomía de los Estados, legitima su refuerzo¹⁴¹.

Esta teoría ofrece un férreo argumento en contra de la pronosticada caída de la presión fiscal sobre las bases móviles¹⁴².

4.5.2 La teoría de la elección pública (*Public Choice*) y el Estado Leviatán

Las teorías que hemos expuesto hasta ahora parten de una premisa fundamental: los gobiernos actúan con el objetivo de maximizar el beneficio de la ciudadanía empleando los recursos de la manera más eficiente posible¹⁴³. Poner en duda esta cuestión echaría por tierra la mayoría de los modelos contruidos y, obviamente, sus conclusiones¹⁴⁴.

¹⁴⁰ AUJEAN, M. y LE CACHEUX, J., "Quelles sont les stratégies (offensives ou défensives) des États face à la concurrence fiscale? Concurrence fiscale et stratégies des États", en AA.VV. *Stratégies fiscales des États et des Entreprises: souveraineté et concurrence*, directores: Michel Aujean y Christian Saint-Étienne, Le Cercle des economists, Descartes & Cie, Paris, 2009, pág. 54.

¹⁴¹ LUDEMA, R. D. y WOOTON, I., "Economic geography and the fiscal effects of regional integration", *Journal of International Economics*, núm. 52, 2000, pág. 352.

¹⁴² Multitud de estudios han tratado de demostrar la presencia de economías de aglomeración en muy diversos ámbitos. Sobre su incidencia en la concentración del desempleo en Europa, véase: OVERMAN, H. G. y PUGA, D., "Unemployment clusters across European regions and countries", *Economic Policy*, Vol. 34, 2002, págs. 115-147. Para un análisis sobre la evolución de la localización industrial en Europa: MIDELFART-KNARVIK, K.H y otros, "The location of European industry", *Report prepared for the Directorate General for Economic and Financial Affaris*, European Commission, Economic Papers núm. 142, 2000.

¹⁴³ En opinión de TEATHER la mayoría de las teorías contra la competencia fiscal parten de una misma premisa errónea: "the belief that governments are perfectly benevolent and knowledgeable, and therefore spend money only for the provision of public goods (which cannot be provided efficiently by the market) that are valued by the population at large". TEATHER, R., *The Benefits of Tax Competition*, The Institute of Economic Affairs, Londres, 2005, pág. 50. En el mismo sentido, RAUSCHER, M., "Leviathan and Competition among Jurisdictions: The Case of Benefit Taxation", *Journal of Urban Economics*, núm. 44, 1998, pág. 59.

¹⁴⁴ De los pocos autores que han tratado de combinar la visión de ambos modelos destacamos el trabajo de EDWARDS, J. y KEEN, M., "Tax competition and Leviathan", *European Economic Review*, núm. 40, 1996, págs. 113-134. Los autores advierten en la primera frase, sabiamente, que no todo es blanco o negro. La elección de unas premisas u otras y el resultado dependerá de nuestra propia visión del gobierno: "Attitudes towards downward pressure on tax rates from international tax competition depend on attitudes towards government". En un sentido similar: OATES, W. E., "Fiscal competition and European Union: contrasting perspectives", *Regional*

En esta línea se encuentra el trabajo de dos autores, BRENNAN y BUCHANAN, este último Premio Nobel de Economía en 1986, precursores de la escuela de la *Public Choice*. En su célebre obra “The Power to Tax”, plantean un nuevo modelo en el que los gobiernos se consideran sujetos a los mismos “pecados” que las personas privadas¹⁴⁵, empleando de modo egoísta y partidista los instrumentos financieros a su disposición. De hecho, si tenemos en cuenta que los gobiernos están formados por individuos cuya forma de vida e influencia están íntimamente conectados al poder público, es lógico que tengan preferencia por un crecimiento permanente de los ingresos del Estado y de su aparato burocrático. Empleando la metáfora ya empleada por Hobbes, este Estado ineficiente y con permanente vocación de expansión se conoce en la doctrina como *Leviatán*¹⁴⁶.

Rota la premisa de que los gobiernos actúan en el interés del ciudadano, no podemos asumir que mayores impuestos equivalgan a una mejora de los servicios públicos. Por tanto, en ausencia de límites al poder de los gobernantes, el nivel de impuestos tenderá a ser ineficientemente elevado¹⁴⁷.

Science and Urban Economics, Vol. 31, 2001, pág. 134; FREY, B. S. y EICHENBERGER, R., “To Harmonize or to Compete? That’s Not the Question”, *Journal of Public Economics*, Vol. 60, núm. 3, Junio, 1996, págs. 336-338 o CANTOS, J. M. y otros, “Consideraciones sobre la competencia fiscal en Europa”, *op. cit.*, págs. 23-24.

¹⁴⁵ En palabras de los autores: “Politics or governmental process is viewed as an institutional setting within which persons and groups interact to pursue their own ends, whatever these might be, and whatever might be the roles or positions may take, either as decision makers or as those forced to adjust behavior to the decisions of others”. BRENNAN, G. y BUCHANAN, J. M., *The Power to Tax. Analytical Foundations of a Fiscal Constitution*, The Collected Works of James M. Buchanan, Liberty Fund, Indianapolis, 1980 (editado en el año 2000), pág. 17.

¹⁴⁶ En su obra *Leviathan* (1651) el filósofo inglés Thomas Hobbes emplea la metáfora del monstruo bíblico Leviatán para hacer referencia a su modelo de Estado con un poder casi ilimitado. Como afirma STEICHEN, la concepción de un Estado Leviatán que tiende al sobredimensionamiento del sector público fue planteada en un primer momento por David Hume, a partir del libro de Hobbes, al advertir que el objetivo de los gobiernos era maximizar los ingresos netos en lugar de satisfacer las necesidades de los ciudadanos. STEICHEN A., “Tax Competition in Europe or the Taming of Leviathan”, en AAVV. *Tax Competition in Europe*, director: Wolfgang Schön, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 2003, pág. 73.

¹⁴⁷ Esta conclusión viene en principio corroborada por KEEN, M. y KOTSOGIANNIS, C., “Leviathan and capital tax competition in federations”, *Journal of Public Economic Theory*, Vol. 5, núm 2, 2003, pág. 195.

En principio, existiría un claro obstáculo a este comportamiento egoísta: el proceso democrático. Esta doctrina, sin embargo, advierte que en no pocas ocasiones este instrumento falla, haciéndose imprescindible nuevos instrumentos no electorales¹⁴⁸. En este contexto, las normas tributarias pueden hacer esta función, limitando y dirigiendo apropiadamente el poder del Estado, representado por su *power to tax*¹⁴⁹.

La aparición de la competencia fiscal y la creciente movilidad de los factores contribuyen a la limitación de este poder, ya que constituyen un excelente freno al crecimiento del Estado Leviatán¹⁵⁰: cualquier desajuste entre la oferta de servicios públicos y la presión fiscal provocará el traslado de las bases móviles y de los propios ciudadanos a otras jurisdicciones, imponiendo a los gobiernos la eficiencia en la gestión de los recursos públicos¹⁵¹.

De este modo, las teorías desarrolladas al albur de la premisa de un Estado Leviatán consideran beneficiosa la competencia fiscal porque permite a los ciudadanos y las empresas acceder a servicios públicos financiados con el mínimo coste posible¹⁵². Por el contrario, una

¹⁴⁸ Los autores BRENNAN y BUCHANAN se muestran cautelosos respecto al crecimiento exacerbado del Estado y la debilidad de los mecanismos electorales y constitucionales para frenar un Estado Leviatán. Véase: BRENNAN, G. y BUCHANAN, J. M., "The Power to Tax...", *op. cit.*, págs. 30-32. TEATHER, por su parte plantea tres argumentos por los cuales los mecanismos de control electoral son deficientes. En primer lugar, porque la democracia es eminentemente oligárquica, con escaso espacio para la toma de decisiones. En segundo lugar, los gobiernos son más que la suma de gobernantes y tienen una tendencia propia a la burocracia. Por último, existe la gran tentación de utilizar políticas redistributivas orientadas a obtener el apoyo de una minoría electoral suficiente. Véase: TEATHER, R., "The Benefits of Tax Competition", *op. cit.*, pág. 54.

¹⁴⁹ BRENNAN, G. y BUCHANAN, J. M., "The Power to Tax...", *op. cit.*, pág. 12.

¹⁵⁰ Los autores consideran así que la competencia entre jurisdicciones por los recursos fiscales y la movilidad de las personas en busca del mejor trato fiscal puede ser un sustituto de límites fiscales concretos al *power to tax*. En este contexto, aseguran: "tax competition among separate units rather than tax collusion is an objective to be sought in its own right". BRENNAN, G. y BUCHANAN, J. M., "The Power to Tax...", *op. cit.*, págs. 215-216.

¹⁵¹ RAUSCHER, en la misma línea que otros autores partidarios de seguir las premisas de la *Public Choice* afirma en relación a su trabajo: "In the traditional literatura, tax competition ties the hands of a good government: it is forced to provide a less-than-optimal amount of public goods. In my model, tax competition ties the hands of a bad government: it is forced to redistribute resources from its own members to the resto of society". RAUSCHER, M., "Leviathan and Competition among Jurisdictions: The Case of Benefit Taxation", *op. cit.*, pág. 66.

¹⁵² "Tax competition means «fat-cutting» which is good for society". STEICHEN A., "Tax Competition in Europe or the Taming of Leviathan", *op. cit.*, pág. 73. También apoya el carácter

armonización de tipos únicamente serviría para institucionalizar la ineficiencia del sector público y exportarla a otros Estados.

4.6 El análisis del *cross-border shopping*. Un posible foco de competencia fiscal

4.6.1 Justificación de su estudio

La mayor parte de la literatura sobre la competencia fiscal se ha ocupado de analizar sus efectos en el ámbito de la fiscalidad directa, principalmente en la tributación sobre el capital. Al ser el factor con mayor movilidad internacional, los ciudadanos y las empresas han podido desarrollar en este campo prácticas de arbitraje fiscal con cierta facilidad, condición básica para el nacimiento de dinámicas de competencia fiscal entre las jurisdicciones.

Una de las principales novedades de este trabajo, sin embargo, es que abordaremos con igual detenimiento la competencia fiscal en el ámbito de la fiscalidad indirecta. Yendo al núcleo de la cuestión, debemos analizar el alcance del arbitraje fiscal en este campo para, posteriormente, evaluar la presencia de dinámicas de competencia fiscal entre las jurisdicciones con el fin de atraer la tributación sobre el consumo y la actividad que este representa.

El esquema generalizado de tributación sobre el consumo, que detallaremos posteriormente, limita el ejercicio del arbitraje fiscal a las ocasiones en que un particular se traslada físicamente a otra jurisdicción para realizar algunas compras y vuelve posteriormente a su Estado de residencia. Esta práctica recibe el apelativo de *cross-border shopping* o compras transfronterizas. El escaso peso relativo del consumo fronterizo sobre el total nacional, la imposibilidad jurídica de crear regímenes

beneficioso de la competencia: MCLURE, C. E., "Tax competition: is what's good for the private goose also good for the public gander?", *National Tax Journal*, Vol. 39, 1986, págs. 346.

especiales de tributación y el peligro recaudatoria de ofrecer tipos generales más reducidos, provoca que este fenómeno únicamente cree nichos de competencia fiscal entre las jurisdicciones bajo circunstancias excepcionales.

En este punto, nos limitaremos a plantear brevemente la modelización económica de este fenómeno, dejando el capítulo tercero para un análisis más detallado de la presencia y efectos de este fenómeno en la economía de los Estados miembros de la UE.

4.6.2 El modelo de KANBUR y KEEN

El modelo básico para entender este “comercio de frontera” o *cross border shopping* es el planteado por KANBUR y KEEN¹⁵³, conforme al cual dos países limítrofes que difieren en tamaño venden un mismo bien y pretenden maximizar los ingresos provenientes del gravamen sobre su venta. El consumidor puede adquirir el bien en su propio país o desplazarse al otro lado de la frontera y comprarlo en el país vecino.¹⁵⁴ El precio del bien en ambas jurisdicciones es el mismo a excepción del componente fiscal, por lo que el contribuyente deberá valorar si la diferencia de tributación le compensa los gastos de desplazamiento a la jurisdicción vecina¹⁵⁵, ya que rige el principio de tributación en origen para estas compras realizadas por particulares

¹⁵³ KANBUR, R. y KEEN, M., “Jeux Sans Frontières: Tax Competition and Tax Coordination When Countries Differ in Size”, *American Economic Review*, 1993, Vol. 83, núm. 4, págs. 877-892.

¹⁵⁴ Evidentemente, si partiéramos de un sistema de tributación en destino desaparecería por completo el incentivo para desplazarse al Estado vecino y cada Estado podría fijar libremente el tipo de gravamen: “when the destination principle is rigidly enforced the two governments can entirely ignore each other in setting their tax rates: there can be no tax-induced cross-border shopping”. KANBUR, R. y KEEN, M., “Jeux Sans Frontières: Tax Competition and Tax Coordination When Countries Differ in Size”, *op. cit.*, pág. 880.

¹⁵⁵ A pesar de que nos comprometimos en un primer momento a evitarlo, la simplicidad del modelo nos invita a exponer su fundamento matemático básico. Partamos de que el consumidor compra el bien si su precio es menor o igual a su precio de reserva: v . Dado que el coste del bien es constante, el precio para el productor del bien es constante y el mismo en los dos países, por lo que el precio al consumidor puede identificarse con el impuesto pagado en cada jurisdicción: t en el país de residencia, T en el foráneo. El factor distancia se mide a través del coste (δ) por unidad de espacio (s): $\delta \times s$. Dos son las condiciones necesarias y suficientes

El elemento fundamental que determina la dinámica del modelo son los incentivos que afronta cada Estado, en función de su población, a la hora de fijar el tipo impositivo sobre el bien. El aumento de demanda que cada Estado espera de una reducción en sus tipos dependerá del tamaño de su vecino, por lo que el Estado de menor población tiene un gran incentivo para reducir sus tipos, ya que al hacerlo puede atraer un gran número de compradores del Estado vecino, compensando así la reducción unitaria en el gravamen¹⁵⁶.

La apertura de la frontera implica, por tanto, que el Estado de mayor tamaño perderá ingresos fiscales, ya que se al trasladarán al Estado vecino los ciudadanos a los que compense el desplazamiento respecto a la diferencia de tributación. Con carácter general, los ingresos totales de ambos Estados se reducirán, de manera que el previsible aumento de recaudación en el Estado de menor tamaño no compensará la erosión de bases de su vecino¹⁵⁷. El efecto de una apertura de fronteras no es en principio un juego de suma cero a efectos recaudatorios, un Estado perdería más de lo que el otro ganaría.

El establecimiento de límites al *cross-border shopping* en este modelo para evitar sus ineficientes resultados desde un punto de vista recaudatorio podría articularse mediante dos vías. La primera es incrementar los costes de transporte o desplazamiento. Aunque beneficiaría fundamentalmente al Estado de mayor tamaño, reduciendo el número de sujetos a quienes compensa realizar la compra transfronteriza,

que conducen a la compra transfronteriza, es decir, que inducen al *cross-border shopping*: que el beneficio de comprar en el extranjero supere al de hacerlo en el mercado nacional, esto es, que: $v - T - \delta \times s > v - t$, y que el beneficio de la compra foránea no sea negativo: $v - T - \delta \times s > 0$.

¹⁵⁶ Como apuntan los autores, se confirmaría así una característica fundamental de los paraísos fiscales: su reducido tamaño. Véase: KANBUR, R. y KEEN, M., "Jeux Sans Frontières: Tax Competition and Tax Coordination When Countries Differ in Size", *op. cit.*, pág. 883.

¹⁵⁷ Los autores incluso se percatan de que pueda darse una situación en la cuál el Estado de menor tamaño pierda incluso recaudación con la apertura de fronteras si la diferencia de tamaño respecto a su vecino no es lo suficientemente grande. De hecho, si ambos Estados son idénticos la apertura de fronteras es contraproducente. KANBUR, R. y KEEN, M., "Jeux Sans Frontières: Tax Competition and Tax Coordination When Countries Differ in Size", *op. cit.*, pág. 884.

los autores también han apuntado la posibilidad de que el Estado de menor tamaño se pudiera beneficiar¹⁵⁸.

La segunda vía para mejorar la eficiencia sería la coordinación entre ambos Estados. Conforme a este modelo, mientras que una plena armonización de tipos solo beneficiaría el Estado de mayor tamaño, el establecimiento de un tipo mínimo beneficiaría a ambos Estados¹⁵⁹.

4.6.3 Consideraciones adicionales al modelo de *cross-border shopping*

Son muchos los trabajos que han profundizado en este modelo y han expandido sus premisas iniciales para acercarlas a la realidad económica, lo que ha permitido concretar y ampliar el espectro de conclusiones apuntadas por el modelo inicial de cross-border shopping de KARBURI y KEEN.

En relación al tamaño de las jurisdicciones NIELSEN¹⁶⁰ confirmó que tenía el mismo efecto utilizar como variable la extensión de las mismas que si se empleaba como elemento diferencial el número de habitantes (como sucedía con el modelo original). Además, reafirma la premisa de que el

¹⁵⁸ Este beneficio se originaría porque el Estado de mayor tamaño, en vistas de la menor competencia fiscal por el aumento de los costes de transporte, podría elevar sus tipos, lo que facultaría al Estado de menor tamaño a elevarlos en consonancia, pudiendo así incluso aumentar su recaudación a pesar de que se redujera el número de contribuyentes: "By encouraging the large country to raise its tax rate, it enables the small country to raise its tax rate too without losing custom; and thus it will find its revenue increase" KANBUR, R. y KEEN, M., "Jeux Sans Frontières: Tax Competition and Tax Coordination When Countries Differ in Size", *op. cit.*, pág. 884.

¹⁵⁹ KANBUR, R. y KEEN, M., "Jeux Sans Frontières: Tax Competition and Tax Coordination When Countries Differ in Size", *op. cit.*, pág. 890. Existen otros autores que critican abiertamente esta conclusión. WANG, por ejemplo analizando el modelo llega a la conclusión de que el establecimiento de un tipo mínimo también perjudicaría al Estado de menor población. Véase: WANG, Y., "Commodity Taxes under Fiscal Competition: Stackelberg Equilibrium and Optimality", *The American Economic Review*, Vol. 89, núm. 4, 1999, pág. 980. Incluso el propio KEEN ha asumido posteriormente que esta atractiva propiedad que atribuye el modelo a la coordinación, de modo que todos ganarían sin necesidad de transferencias compensatorias, "is not robust". KEEN, M., "Some international issues in commodities taxation", *IMF working papers*, 2002, núm. 124, pág. 21.

¹⁶⁰ NIELSEN, S. B., "A Simple Model of Commodity Taxation and Cross-border Shopping", *Scandinavian Journal of Economics*, 2001, Vol. 103, núm. 4, págs. 599-623.

incremento de los costes de transporte o la creación de otros obstáculos como el establecimiento de inspecciones fronterizas contribuyen a mantener unos impuestos más elevados que el Estado vecino, al disminuir el incentivo al *cross-border shopping*¹⁶¹. Resulta plenamente coherente con estas conclusiones que la apertura de fronteras realizada en la Unión Europea en los años 80 y culminada en el año 1993, trajera consigo un intento de aproximación de los tipos impositivos sobre los bienes más susceptibles de ser objeto de compras transfronterizas (tabaco, alcohol...).

OHSAWA¹⁶² por su parte expande el alcance espacial del modelo, introduciendo un tercer Estado que se situaría geográficamente entre ambos. La conclusión que obtiene es que el Estado interior tiene un incentivo aún mayor para reducir los tipos, ya que geográficamente puede atraer compras de ambas jurisdicciones, hecho que lo conducirá a adoptar una reducción de tipos más agresiva. Este resultado se puede constatar también en la realidad europea, principalmente con el caso de Luxemburgo.

Dentro de esta influencia geográfica podríamos encuadrar también el estudio de ASPLUND y otros¹⁶³, que calculan de modo específico la elasticidad de la demanda de alcohol en Suecia en función de su cercanía a la frontera con Dinamarca. Su estudio demuestra la estrecha relación entre la intensidad del *cross-border shopping* y la distancia respecto a una zona de baja tributación (entiéndase que Dinamarca lo es respecto a Suecia).

También aporta luz sobre la importancia del factor geográfico el análisis del *cross-border shopping* entre Irlanda e Irlanda del Norte realizado por FITZGERALD y otros¹⁶⁴. Acertadamente, este estudio apunta a la necesidad de considerar las características físicas de la propia frontera.

¹⁶¹ *ibídem*, pág. 621.

¹⁶² OHSAWA, Y., "Cross-border shopping and commodity tax competition among governments", *Regional Science and Urban Economics*, 1999, núm. 29, págs. 33-51.

¹⁶³ ASPLUND, M., FRIBERG, R. y WILANDER, F., "Demand and distance: Evidence on cross-border shopping", *Journal of public economics*, 2007, núm. 91, págs. 141-157.

¹⁶⁴ FITZGERALD, J.D., QUINN, T.P., WHELAN, B.J. y WILLIAMS, J.A., *An analysis of cross-border shopping*, The Economic and Social Research Institute, Dublin, 1988.

De este modo, la ausencia de fronteras naturales como ríos (obviamente mares) o montañas puede contribuir al desarrollo de este fenómeno, incluso a la aparición de contrabando¹⁶⁵.

Otra interesante aportación es la realizada por SCHARF¹⁶⁶, que aborda la existencia de economías de escala en las compras transfronterizas realizadas por particulares, apreciando la importancia de la frecuencia y el volumen de las compras dentro del modelo. De hecho, su trabajo demuestra que el impuesto óptimo sobre un bien es inversamente proporcional al importe y frecuencia de sus transacciones, fundamentalmente porque mientras mayores son estas, más sensible es la demanda a cambios en los tipos impositivos¹⁶⁷.

Mientras mayores y menos frecuentes sean las compras transfronterizas, menos se deberán gravar los bienes, mientras que si la pauta de compras indica pequeñas y frecuentes adquisiciones, el Estado podría gravarlas con mayor severidad. Este sería el caso de productos perecederos y con bajos costes de transporte, que fomentan compras frecuentes y en los que la probabilidad de que exista *cross-border shopping* es reducida. Por el contrario, productos duraderos con elevados costes de transacción deberían ser gravados con cautela para que su compra no se deslocalice¹⁶⁸.

La importancia de la distancia y el coste del transporte a la hora de crear el incentivo para realizar la compra transfronteriza provoca que los bienes objeto de *cross-border shopping* sean, por antonomasia, aquellos que tienen un mayor *ratio* impuesto/kilo o precio/kilo. En el capítulo 3

¹⁶⁵ Hablan los autores en este punto del conocimiento del terreno como un elemento que puede permitir a los ciudadanos cercanos a la frontera evitar los controles, por medio de caminos secundarios, y así sobrepasar los límites a la adquisición de bienes sujetos a impuestos especiales establecidos por las autoridades. *Ibidem*, pág. 3.

¹⁶⁶ SCHARF, K. A., "Scale Economies in Cross-Border Shopping and Commodity Taxation", *International Tax and Public Finance*, Vol. 6, 1999, págs. 89-99.

¹⁶⁷ *Ibidem*, págs. 97-98.

¹⁶⁸ Este hecho se constata claramente en el estudio realizado por FITZGERALD y otros sobre el impacto del impuesto especial sobre las televisiones de Irlanda entre los años 1980-1987 y que demostraba la alta sensibilidad de las compras de este bien duradero a las diferencias de impuestos entre Irlanda e Irlanda del Norte. Véase: FITZGERALD, J.D., QUINN, T.P., WHELAN, B.J. y WILLIAMS, J.A., "An analysis of cross-border shopping", *op. cit.*, págs. 56-59.

profundizaremos en las condiciones de desarrollo de la competencia fiscal en este campo de la fiscalidad indirecta.

4.7 La utilidad de las teorías económicas

Partiendo del planteamiento original realizado por TIEBOUT, defensor de los beneficios de la competencia fiscal entre jurisdicciones, hemos realizado un barrido de la doctrina económica que nos ha confirmado su marcado carácter pendular. Por un lado, hemos observado las reticencias de OATES y del modelo básico de competencia fiscal contra la presencia de competencia fiscal, a la que consideran culpable de externalidades negativas o de un suministro ineficiente de servicios públicos. En cambio, otros autores como BRENNAN y BUCHANAN defienden la utilidad de la competencia fiscal para combatir la ineficiente tendencia expansiva de los Estados burocráticos.

Como vemos, siempre existen argumentos y contraargumentos, debidamente fundamentados en modelos económicos o en lógicas exposiciones, para sostener cualquier posición. Lejos de desdeñar la utilidad de estas líneas, nuestro objetivo en adelante será identificar en cada supuesto qué premisas están más presentes y, por tanto, qué modelos o razonamientos pueden servir de guía para predecir el desarrollo y funcionamiento de la competencia fiscal. En todo caso, trataremos de sostener nuestros planteamientos, en la medida de lo posible, en datos que permitan dotar de una cobertura empírica a nuestras afirmaciones. Es el único medio de poder emplear con criterios objetivos un conjunto de teorías y modelos que se sustentan sobre una evidente simplificación de la realidad.

Tampoco debemos perder de vista que estos modelos suelen tomar como referencia el entorno económico y social de los Estados Unidos. Extrapolar afirmaciones realizadas en este contexto al marco de la Unión Europea exige la máxima cautela por nuestra parte, tanto por la dispar

configuración política y geográfica, como por el papel fundamental del Estado del Bienestar en la propia construcción europea.

5. LA IDENTIFICACIÓN DE LA COMPETENCIA FISCAL PERJUDICIAL

A estas alturas, decantarnos por defender ardientemente el carácter beneficioso o perjudicial de la competencia fiscal no tiene sentido dado que, como hemos indicado, la visión subjetiva de la economía y del Estado determina el sentido de las respuestas de los diferentes estudiosos y condiciona la orientación de sus trabajos¹⁶⁹.

No obstante, dado que la preocupación fundamental de la doctrina y de las instituciones internacionales ha sido la proliferación de la competencia fiscal en su vertiente perjudicial o dañosa, pasaremos a exponer brevemente algunos criterios propuestos para su identificación. Como podremos ver, la mayor parte de los trabajos tienen un claro sesgo hacia el impuesto sobre sociedades u otras formas de imposición sobre el capital. Este hecho se debe a que, al ser los factores más móviles, los Estados han concentrado sus programas de incentivos en atraer tanto la inversión extranjera directa (IED o FDI) como las inversiones puramente financieras (*portfolio investments*). En este trabajo, en cambio, queremos ofrecer una visión más amplia de la competencia y por ello también pondremos nuestra atención sobre otros fenómenos relacionados con la competencia fiscal como el *cross-border shopping*.

¹⁶⁹ No es fácil realizar una clara distinción entre competencia fiscal y competencia fiscal perjudicial desde el punto y hora en que ni siquiera existe una definición teórica consensuada del fenómeno original. Como expone SOMMERHALDER, depende enormemente de la percepción individual y de la posición política del que emplea el término perjudicial. El último término, esta cuestión se resume en determinar si está a favor o en contra de la armonización fiscal. SOMMERHALDER, R. A., "Harmful tax competition on harmful tax harmonization", *EC Tax Review*, núm. 4, 1999, pág. 244.

5.1 Características del proceso de competencia fiscal: ¿asimétrica y perjudicial?

Las previsiones contenidas en los modelos económicos sobre la competencia fiscal pueden resumirse en una serie de afirmaciones básicas. Aunque puedan parecer contrapuestas, están presentes simultáneamente y será la intensidad de los diferentes parámetros la que determinará, en cada caso, la orientación de sus efectos sobre la fiscalidad:

- La competencia fiscal entre Estados puede racionalizar el sector público obligando a los gobiernos a ser más eficientes en su oferta de servicios, dado que los ciudadanos toman sus decisiones por un análisis coste-beneficio.
- La movilidad creciente de los factores crea una tendencia a la baja en los tipos que gravan las bases móviles. Para compensar esta caída suele existir un alza en la presión sobre las bases menos móviles, principalmente el trabajo y el consumo.
- La fijación de los tipos no solo está influenciada por la competencia fiscal. Existen otros factores como el marco jurídico, el tamaño de las jurisdicciones, las ventajas competitivas, etc., que inciden de modo dispar sobre la elección del sistema impositivo.

En la práctica, sin embargo, el equilibrio entre estas fuerzas contrapuestas está en cuestión. Por un lado, los ciudadanos y las empresas no toman sus decisiones de localización basándose en un análisis coste-beneficio de los servicios ofertados cuando trasladan únicamente bases móviles que no exigen una infraestructura de servicios públicos¹⁷⁰. A su vez, además, los Estados han adoptado regímenes privilegiados y de incentivos únicamente orientados a la atracción de estas bases más móviles, minimizando los efectos sobre su balance

¹⁷⁰ Es el caso del traslado del ahorro o de actividades netamente financieras.

presupuestario al ofrecerlos únicamente a contribuyentes extranjeros o a determinados sectores estratégicos¹⁷¹. De este modo, se rompe el vínculo de relación entre la competencia fiscal y la supuesta racionalización del sector público¹⁷².

En esta ruptura está el origen del término competencia fiscal *perjudicial* o *perniciosa* (*harmful tax competition*), razón de ser de múltiples estudios y fundamento de la intervención de los Estados y de las instituciones internacionales con el objetivo de limitar sus efectos y acabar con su desarrollo. No obstante, como advierte la doctrina, no debemos conceder el apelativo de perniciosa a cualquier situación de competencia en que un sujeto salga perjudicado, pues esto nos conduciría al absurdo de calificar como perjudicial cualquier diferencia fiscal entre jurisdicciones¹⁷³. Esta postura resultaría igual de extrema que si, partiendo de una concepción ultraliberal del Estado, consideráramos que cualquier forma de competencia fiscal es positiva.

5.2 La identificación de la competencia fiscal “perjudicial”

La doctrina mayoritaria ha venido a identificar una serie de elementos que caracterizan a la competencia fiscal *perjudicial* frente a una competencia fiscal lícita¹⁷⁴, en la que los efectos positivos y negativos

¹⁷¹ SCHÖN, W., “Tax Competition in Europe – General Report”, *op. cit.*, págs. 6-7. MUSGRAVE, P. B. y MUSGRAVE, R. A., “Fiscal Coordination and Competition in an International Setting”, en AA.VV., *Influence of Tax Differentials on International Competitiveness: proceedings of the Munich Symposium on International Taxation*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer – Boston, 1990, págs. 61-86.

¹⁷² MARTÍN LÓPEZ, J., “Competencia fiscal perjudicial...”, *op. cit.*, pág. 44.

¹⁷³ AA.VV., “Poder tributario y competencia fiscal”, *op. cit.*, pág. 263.

¹⁷⁴ “La competencia fiscal lícita (por oposición a *perniciosa*) es, por tanto, la que resulta de la aplicación práctica de una decisión sobre el volumen de prestación de bienes y servicios públicos y su contenido implícito acerca del nivel de imposición necesario para hacerlo posible (oferta del sistema de finanzas públicas)”. Véase: AA.VV., “Poder tributario y competencia fiscal”, *op. cit.*, pág. 272. Los paréntesis y las cursivas pertenecen a los autores. Esta competencia lícita también puede realizarse a través de la agilización y simplificación de la aplicación de los tributos. Entre estas medidas señala DI PIETRO: “la semplicità e la trasparenza

sobre la economía podrían compensarse. Esta postura, que compartimos, la podemos considerar ecléctica al situarse entre las posiciones antagónicas de los autores que consideran la competencia fiscal positiva *per se*, realizando un paralelismo con la competencia perfecta en el ámbito comercial; y aquellos firmes detractores de la misma, que consideran que la competencia fiscal siempre conlleva una serie de efectos negativos que no pueden compensar en ningún caso las supuestas ventajas de limitar la dimensión del sector público.

La posición de los más firmes partidarios de la competencia fiscal puede resumirse de modo conciso en las palabras del Nobel de Economía Milton Friedman¹⁷⁵:

"Competition among national governments in the public services they provide and in the taxes they impose, is every bit as productive as competition among individuals or enterprises in the goods and services they offer for sale and the prices at which they offer them. Both lead to variety and innovation; to improvement in the quality of the goods and services and a reduction in their costs. A governmental cartel is no less damaging than a private cartel".

En cambio, la corriente contraria considera que la competencia fiscal está diseñada y promovida principalmente por intereses políticos y económicos minoritarios (*lobbies*) en detrimento del bienestar de la

della determinazione degli imponibili; la semplificazione delle procedure di accertamento e di riscossione delle imposte; la celerità e la certezza della soluzione del contenzioso". Véase: DI PIETRO, A., "La debolezza dell'armonizzazione e la forza della competizione nella tassazione delle società in Europa", en AA.VV. *Unión Europea. Armonización y coordinación fiscal tras el Tratado de Lisboa*, director: Javier Lasarte Álvarez, coordinadores: Francisco Adame Martínez y Jesús Ramos Prieto, Universidad Pablo de Olavide, Scuola Europea di Alti Studi Tributari, Sevilla, 2011, págs. 76 y 77.

¹⁷⁵ Cita obtenida de BISWAS, R., "Introduction: Globalisation, Tax Competition and Economic Development", en AA.VV., *International Tax Competition. Globalisation and Fiscal Sovereignty*, editado por: Rajiv Biswas, Commonwealth Secretariat, Londres, 2002, pág. 3. Milton Friedman fue uno de los líderes, junto a George Stigler (Nobel en 1982), de la Escuela de Economía de Chicago. Esta escuela de pensamiento económico es una firme defensora del libre mercado en el seno de una política monetaria controlada.

mayoría de la sociedad¹⁷⁶; todo ello a pesar de los estudios que demostrarían la escasa efectividad de los incentivos fiscales para atraer inversión directa¹⁷⁷.

Estos extremos de la balanza parten de una visión global de la competencia fiscal en la que se reflejan principalmente los problemas y ventajas relacionados con los paraísos fiscales y con economías en desarrollo. Nuestro análisis, al circunscribirse al ámbito de la Unión Europea será más limitado, aunque no por ello dejaremos de hacer menciones frecuentes a la dimensión internacional de la competencia fiscal que, obviamente, también forma parte del contexto de los Estados miembros.

De todos modos, los instrumentos y argumentos esgrimidos por ambas corrientes pueden aportar mucho a nuestro trabajo si sabemos circunscribir sus conclusiones y resultados al ámbito en que fueron realizados. En definitiva, somos partidarios de emplear el término competencia fiscal con carácter genérico para identificar un fenómeno inevitable en el contexto económico actual y que, en función de su modo de desarrollo, puede tener una serie de efectos perjudiciales que exigen una intervención supranacional para limitar las medidas o prácticas que los causan.

5.3 ¿Qué es competencia fiscal perjudicial y qué no?

Una de las principales cuestiones que debemos abordar en este punto es identificar apriorísticamente qué medidas de las propias de un

¹⁷⁶ MURPHY, R., "Tax competition: a case of winner takes all?", *Tax Justice Focus*, Volume 3, Fourth Quarter, 2006, págs. 8-9.

¹⁷⁷ "Without materially affecting the volume of investment in most cases, popular incentives such as tax holidays, subsidized financing or free land, serve only to detract value from those investments that would likely be made in any case". Véase: *New Horizons: Multinational Company Investment in Developing Countries*, McKinsey Global Institute, San Francisco, 2003, pág. 2.

proceso de competencia fiscal pueden catalogarse como perjudiciales y cuáles no¹⁷⁸. Partamos de una de las mejores definiciones expresas de competencia fiscal aportadas por la doctrina¹⁷⁹:

“Improving the relative competitive position of one country vis-à-vis other countries by reducing the tax burden on business and individuals in order to retain, gain o regain mobile economic activities and the corresponding tax base, whether at the expense of other countries or otherwise”.

Dentro de esta definición de competencia fiscal se pueden encuadrar un amplio abanico de medidas. Parte de la doctrina considera, por ejemplo, que no tendrían carácter perjudicial las reducciones generales de tipos dirigidas a todos los contribuyentes con el objetivo de mantener o mejorar la competitividad de una jurisdicción¹⁸⁰. Por el contrario, si sería perniciosa una medida que se orientara únicamente a la atracción de inversores extranjeros o que excluyera explícitamente a los residentes de su ámbito de aplicación.

Esta última característica, de hecho, se conoce como estanqueidad o *ring-fencing* y constituye, junto a la orientación al no residente, uno de los aspectos a tener en cuenta en la evaluación de medidas perniciosas

¹⁷⁸ El autor CHICO DE LA CÁMARA, señala acertadamente que el principal problema del debate en torno a la competencia fiscal radica en saber “dónde está la frontera entre aquella medida fiscal que resulta legítima para un Estado al nacer con vocación de atraer inversiones (y, por ende, riqueza) a un determinado país (competencia fiscal ‘sana’), de aquellas otras que tienen como finalidad competir deslealmente distorsionando la competencia al establecer regímenes tributarios preferenciales en comparación con los que desarrollan otros países de ese mismo entorno económico (competencia fiscal lesiva)”. Véase: CHICO DE LA CÁMARA, P., “Competencia Fiscal y Armonización Tributaria”, en AA.VV., *Estudios de derecho financiero y tributario en homenaje al profesor Calvo Ortega*, coordinadores: Isidoro Martín Dégano, Antonio Vaquera García y Gerardo Menéndez García, Vol. 2, 2005, pág. 2205.

¹⁷⁹ KIEKEBELD, B.J., *Harmful tax competition in the European Union: code of conduct, countermeasures and EU law*, Wolters Kluwer, Rotterdam, 2006, págs. 8-9.

¹⁸⁰ AVI-YONAH, R. S., “Globalization, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State”, *op. cit.*, pág. 49. En el mismo sentido SCHÖN indica que “As opposed to ‘harmful’ tax practices, ‘fair’ competition would include general aspects of the tax system, e.g. a general reduction of tax rates along with a broadening of the tax base”. SCHÖN, W., “Tax Competition in Europe – General Report”, *op. cit.*, pág. 7.

conforme al *Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas* aprobado en 1997 en el seno de la UE¹⁸¹.

Si nos centramos en este documento, orientado específicamente a la lucha contra la competencia fiscal perjudicial en el ámbito de la fiscalidad empresarial¹⁸², existirían dos caracteres esenciales para considerar una medida fiscal como perjudicial:

- a) Que dicha medida afecte o pueda afectar de un modo significativo a la localización de actividades empresariales en la Comunidad¹⁸³;
- b) Que ofrezca un nivel de tributación significativamente menor a los previstos con carácter general en dicho Estado miembro¹⁸⁴.

A través de este segundo requisito, el Código parece respaldar que las medidas genéricas, destinadas a todo el ordenamiento, quedan excluidas del apelativo de perjudicial¹⁸⁵. No obstante, existe parte de la doctrina que critica la visión parcial plasmada en el Código y considera que estas medidas generales también deberían ser objeto de juicio, ya que tienen igualmente como objeto atraer las bases más móviles y, además, por su amplio alcance, pueden tener efectos incluso más intensos que una medida específica¹⁸⁶.

¹⁸¹ Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas. Conclusiones del Consejo ECOFIN de 1 de diciembre de 1997 sobre política fiscal. *DOCE* C 2, de 6 de enero de 1998, letra B, puntos 1) y 2), pág. 3. En el capítulo quinto profundizaremos en la repercusión de este documento en la lucha contra la competencia fiscal en la UE.

¹⁸² Deja por tanto a un lado, tanto la competencia en el ámbito de la imposición indirecta, como la imposición de las personas físicas. Véase: KIEKEBELD, B.J. "Harmful tax competition in the European Union", *op. cit.*, pág. 33.

¹⁸³ Código de Conducta, letra A.

¹⁸⁴ Código de Conducta, letra B. Este requisito se conoce como desvío respecto al marco fiscal general (*benchmark tax structure*).

¹⁸⁵ En el capítulo segundo emplearemos el término competencia entre sistemas para hacer referencia a estas medidas generales, mientras que utilizaremos la expresión competencia entre regímenes para hacer mención a las medidas con vocación derogatoria de este régimen general.

¹⁸⁶ Es el caso de PINTO, C., "EU and OECD to Fight Harmful Tax Competition: Has the Right Path Been Undertaken?", *Intertax*, vol. 26, núm. 12, 1998, pág. 393; EASSON, A., "Tax

Aparte de estos dos criterios básicos, el Código de Conducta apunta otros cinco aspectos a tener en cuenta para considerar una medida como perniciosa, los dos primeros ya los habíamos apuntado:

- 1) Que las ventajas se otorguen sólo a no residentes, o con respecto a las operaciones realizadas con no residentes.
- 2) Que las ventajas están totalmente aisladas de la economía nacional, de manera que no afecten a la base fiscal nacional (*ring fencing*).
- 3) Que las ventajas se otorguen, aun cuando no exista ninguna actividad económica real, ni presencia económica sustancial, dentro del Estado miembro que ofrezca dichas ventajas fiscales.
- 4) Que las normas para determinar los beneficios derivados de las actividades internas de los grupos de empresas multinacionales no se ajusten a los principios internacionalmente reconocidos por la OCDE.
- 5) Que las medidas fiscales carezcan de transparencia y, en particular, que las disposiciones legales se apliquen con escaso rigor a nivel administrativo¹⁸⁷.

La OCDE, por su parte, en su célebre documento “Harmful tax competition: an emerging global issue”, también orientado a la lucha contra la competencia fiscal perjudicial, considera unos criterios similares para catalogar una medida como perjudicial:

- 1) Que se de una dualidad de tributación y las ventajas consistan en una baja tributación aplicada solo a los no residentes
- 2) Que las ventajas confieran un aislamiento del régimen respecto a la actividad nacional. La estanqueidad, puede darse vía exclusión de sus ventajas a los residentes (lo que se conoce como principio de estanqueidad subjetiva), o

Competition and Investment Incentives”, *EC Tax Journal*, Vol. 2, núm. 2, 1996-97, pág. 77; KIEKEBELD, B.J., “Harmful tax competition in the European Union”, *op. cit.*, pág. 23. A nadie escapa que el celeberrimo tipo del 12,5% en el Impuesto sobre sociedades de Irlanda ha afectado de modo significativo a la localización de empresas como Microsoft, Sun Microsystems, Dell, Intel, IBM o Hewlett-Packard.

¹⁸⁷ Informe de la OCDE: *Harmful tax competition: an emerging global issue*, París, 1998. Aprobado por el Consejo de la OCDE el 9 de abril de 1998 con la abstención de Luxemburgo y Suiza.

limitación de su aplicabilidad para operaciones con no residentes (lo que se conoce como principio de estanqueidad objetiva).

3) Que se dé una falta de transparencia en el funcionamiento de dispositivos legales o administrativos o ausencia de intercambio de información, respecto a los sujetos pasivos que se benefician de tal régimen.

4) Que no se requiera que el operador ejerza una actividad económica real que sea sustancial para el país o territorio.

Varios autores consideran que el verdadero carácter pernicioso de la competencia fiscal desatada en las dos últimas décadas reside en su carácter asimétrico, al concentrarse casi en exclusiva en la creación de regímenes ventajosos para atraer las bases móviles (ya sean medidas específicas o generales)¹⁸⁸. Conforme a estos planteamientos, tendría carácter pernicioso una medida general orientada a la atracción de las bases móviles y que suponga una ruptura respecto al esquema de tributación de otras rentas como el trabajo dependiente. Aunque este razonamiento puede resultar extremo, porque nos podría llevar a cuestionar, por ejemplo, la proliferación del régimen dual en el impuesto sobre la renta extendido por un gran número de Estados miembros y otros países del entorno, consideramos que es un buen punto de partida para construir un concepto más actualizado de la competencia fiscal perjudicial¹⁸⁹.

PINTO, por su parte, propone un análisis bifronte del carácter pernicioso de las medidas, en las que debería concurrir tanto un elemento

¹⁸⁸ MARTÍN LÓPEZ, J., "Competencia fiscal perjudicial...", *op. cit.*, pág. 47. Este autor sigue en parte, la postura plasmada en la obra: AA.VV., "Poder tributario y competencia fiscal", *op. cit.*, pág. 271-276. En este segundo trabajo los autores consideran que: "Competencia fiscal perniciosa es aquella que discrimina el tratamiento de las diversas manifestaciones de riqueza en razón de su movilidad, ofreciendo un régimen tributario más favorable a las fuentes móviles respecto del que se aplica a las fuentes que no gozan de movilidad". De este modo, continúan los autores: "No hace falta comparar la estructura de un país con la de otro para determinar si existe la asimetría que apuntamos. Basta con examinar si, en el seno de un mismo sistema tributario, las manifestaciones de riqueza que corresponden a fuentes móviles son mejor tratadas que las manifestaciones de riqueza que corresponden a fuentes no móviles".

¹⁸⁹ Véase el apartado 6.2 de este mismo capítulo para una explicación más detallada del sistema dual en el impuesto sobre la renta.

objetivo (carácter específico frente a general)¹⁹⁰ como subjetivo (atraer inversiones extranjeras móviles)¹⁹¹. De este modo, el autor excluye expresamente la posibilidad de considerar perjudiciales las medidas generales. Otros autores, en contraposición, proponen un análisis exclusivamente subjetivo del carácter pernicioso, considerando que se debe atender únicamente a los objetivos que se pretenden conseguir a través de dichas medidas¹⁹².

La autora LAMPREAVE VÁZQUEZ, partiendo de los criterios propuestos por la UE y la OCDE señalados anteriormente, subraya el carácter lesivo de la competencia fiscal realizada en ausencia de transparencia e intercambio de información y considera necesaria la concurrencia, tanto de un elemento objetivo (la efectiva erosión de bases de otros Estados), como subjetivo (la agresividad de la política fiscal)¹⁹³. Además, advierte muy acertadamente de la distinción que tenemos que realizar entre elusión fiscal y fraude o evasión fiscal¹⁹⁴. Mientras que la ocultación del hecho generador de la obligación tributaria es constitutiva de fraude (también denominada evasión), el traslado de residencia a otra jurisdicción con un régimen fiscal más laxo o, en definitiva, exprimir las posibilidades de aribtraje fiscal de las normas y lagunas del sistema sería elusión. Sólo en el segundo caso podríamos considerar la presencia de competencia fiscal

¹⁹⁰ El autor propone a su vez cuatro tipos de medidas que deben considerarse perjudiciales: las que estén limitadas a un determinado tipo de renta, las limitadas a determinadas actividades (por ejemplo a servicios financieros), las destinadas a algunos contribuyentes (no residentes, multinacionales, etc.) y las que se desvíen de los principios internacionalmente aceptados (por ejemplo los criterios de la OCDE para determinar los precios de transferencia). PINTO, C., "Tax Competition and EU Law", *op. cit.*, pág. 19.

¹⁹¹ La "mala" intención de un Estado al implantar una medida se puede observar en opinión del autor si: existe falta de transparencia o se aplica discrecionalmente por la administración, se aplica al margen de cualquier presencia económica sustancial del beneficiario o si no existen instrumentos contra el empleo abusivo por sus beneficiarios. PINTO, C., "Tax Competition and EU Law", *op. cit.*, págs. 19-20.

¹⁹² RUIBAL PEREIRA, L. M., "Las medidas fiscales españolas a la luz de la competencia fiscal lesiva en el marco de la Unión Europea", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 214, 2002, págs. 133-147.

¹⁹³ LAMPREAVE VÁZQUEZ, P., "La Competencia Fiscal Desleal en los Estados Miembros de la Unión Europea", *op. cit.*, págs. 48-49.

¹⁹⁴ En inglés las expresiones respectivas son *tax avoidance* para la elusión y *tax evasion* o *tax fraud* para la evasión. En relación al uso confuso de estos términos, incluso por el TJUE, recomendamos la consulta de SANZ GÓMEZ, R., *Las cláusulas anti-abuso específicas tributarias frente a las libertades de circulación de la Unión Europea*, Bosch Fiscalidad, Barcelona, 2010, págs. 72-74.

lesiva¹⁹⁵, debiendo el fraude ser evaluado conforme a otros parámetros, más propios del Derecho Penal o sancionador.

5.4 La lucha contra la competencia fiscal perjudicial. Las medidas generales en el punto de mira

El objetivo de este apartado era ofrecernos una introducción a los criterios y parámetros que permiten catalogar una medida fiscal como perjudicial, requisito de base para legitimar institucionalmente su eliminación o control. Aunque la mayoría de los autores han apostado por una concepción cercana a los parámetros señalados por la OCDE o el Código de Conducta, hemos podido comprobar como parte de la doctrina se desvía de esta perspectiva parcial y apuesta por señalar también a las medidas de carácter general como foco de competencia fiscal lesiva. En nuestro caso, compartimos plenamente esta concepción amplia de la competencia fiscal perjudicial.

Tanto las instituciones internacionales como la doctrina han puesto el énfasis en un conjunto de medidas específicas señaladas como perniciosas conforme al concepto de competencia perjudicial que se manejaba en casa caso. Por nuestra parte, en cambio, consideramos que existe un criterio común: el desvío, la ruptura respecto a los esquemas tradicionales de tributación (*taxation benchmark*), tanto a nivel interno de un Estado como a nivel, en este caso, del mercado interior de la Unión. Esta asimetría de trato, requisito básico para considerar una medida como perjudicial, debe además provocar un verdadero efecto sobre la economía, cuestión que deberemos analizar caso por caso. Además, esta asimetría debe tener un elemento subjetivo: estar orientada a la atracción de bases

¹⁹⁵ LAMPREAVE VÁZQUEZ, P., “La Competencia Fiscal Desleal en los Estados Miembros de la Unión Europea”, *op. cit.*, pág. 47. La misma advertencia la podemos encontrar en SCHÖN, W., “Tax Competition in Europe – General Report”, *op. cit.*, pág. 8.

imponibles foráneas (ya sean de fiscalidad directa o indirecta) y no estando justificada por otras causas.

En nuestra concepción del mercado interno consideramos ineficiente cualquier decisión adoptada conforme a criterios fiscales, ya que evita la localización óptima de las decisiones de inversión y compra. El arbitraje fiscal en el seno de un mercado como la UE constituye, de este modo, un error del sistema, fruto de la imposibilidad política (que no jurídica) de alcanzar acuerdos entre los Estados miembros para avanzar en la armonización fiscal entre los Estados miembros. La aparición de dinámicas de competencia fiscal es, por tanto, inevitable mientras no se aborde el problema de raíz. La pregunta obligada es: ¿se quiere abordar? O mejor dicho, ¿quieren todos los Estados abordarlo? La respuesta es claramente no. Existen Estados que se benefician sistemáticamente de una UE en la que coexisten las libertades fundamentales con una alarmante falta de armonización fiscal. Uno de los objetivos de este trabajo es señalarlos. Aunque no cambiarán fácilmente de opinión (créannos, en su posición de privilegio y con derecho de veto por la vigencia del criterio de unanimidad muy pocos lo harían) al menos podremos concentrar y rentabilizar los esfuerzos en propuestas realistas, que en el fondo, para salir adelante, deberán contentar en primer lugar a estos Estados díscolos.

La estabilidad y lealtad de las relaciones entre los Estados miembros exige, al menos, que la competencia fiscal se desarrolle dentro de un marco de reglas comunes que impida la proliferación de medidas perjudiciales. Este perjuicio, partiendo de la pertenencia a un mercado interior, existirá desde el momento en que una medida concreta, de ser replicada por otros Estados miembros, pueda poner en peligro el modelo social y económico en que está basada la Unión Europea.

Una vez que los avances en la cooperación permitieron erradicar las medidas que se consideraban asimétricas respecto al régimen interno de cada Estado¹⁹⁶, es necesario extender esta protección a determinadas

¹⁹⁶ Tal y como se recogía en la letra B del Código de Conducta. Al hilo del conocido como Informe Primarolo, desarrollo de los trabajos del Código, se ha contribuido a eliminar aquellas

medidas con un profundo carácter asimétrico respecto al marco global de la Unión. La principal razón de su pervivencia es que los Estados que adoptan estas decisiones en primer término suelen estar en una posición de ventaja respecto a los demás, por lo que se aferran a los beneficios que estas reportan. Este puede ser el caso del tipo del 12,5% en el impuesto sobre sociedades en Irlanda. Esta medida supone una ruptura respecto al marco de tributación de la Unión en su conjunto, está claramente orientada a la atracción de bases imponibles desde otros territorios, provoca importantes efectos económicos a nivel interno y de otros Estados miembros y, sobre todo, de replicarse por otros Estados, pondría en cuestión el conjunto del sistema de la Unión¹⁹⁷.

Obviamente, extender el concepto de medida perjudicial a este nivel, superando la clásica dicotomía entre medida específica - medida general, requiere de una modificación sustancial del propio Código de Conducta y de la implicación y compromiso de los Estados miembros. Sin embargo, incluso dejando a un lado esta competencia a través de los tipos estatutarios, identificamos otras muchas medidas de vocación general que promueven que los agentes adopten sus decisiones conforme a criterios fiscales y contra las que la UE tampoco puede actuar a día de hoy (diferencias entre CDI; calificación de instrumentos híbridos, laxitud en la aplicación de medidas antiabuso, etc.). Aunque este conflicto concreto (más propio de la fiscalidad societaria) no será tratado con extensión hasta el capítulo quinto, sí que queremos hacer hincapié en que otros ámbitos de la fiscalidad comunitaria también pueden evaluarse a la luz de parámetros similares. Por ello, uno de los principales objetivos de este trabajo es identificar los nichos de competencia fiscal en áreas en que este fenómeno no ha recibido apenas atención doctrinal (la fiscalidad indirecta y la

medidas aisladas respecto a la economía nacional, destinadas únicamente a los no residentes o aplicadas con falta de transparencia o al margen de cualquier actividad real.

¹⁹⁷ Esta medida podría parecer, en principio, similar a la instauración de *flat tax* en la tributación sobre la renta de las personas y las sociedades en Estados como Bulgaria o Lituania. Sin embargo, estos Estados aplican estos bajos *flat tax* (del 10 y del 15% respectivamente) tanto a la renta empresarial como a la obtenida por las personas físicas lo que excluye su intención de atraer únicamente bases foráneas. A su vez, estas medidas no han tenido el impacto económico del tipo irlandés por tratarse de *followers*, que adoptan medidas de competencia activa en un escenario en el que ya existe un Estado con los beneficios consolidados como Irlanda.

fiscalidad de las personas físicas) y evaluar en qué circunstancias esta competencia se desarrolla de un modo perjudicial.

A continuación pasamos a examinar una cuestión diferente: los principales efectos asociados a la existencia de competencia fiscal en sentido amplio. En la medida de lo posible, trataremos de dotar las afirmaciones de un soporte empírico y de hacer hueco tanto a los críticos como a los partidarios de la competencia fiscal. No obstante, adelantamos que el esquema de la exposición parte de los efectos perniciosos señalados por la doctrina; eso sí con una revisión crítica de sus resultados.

6. LOS EFECTOS DE LA COMPETENCIA FISCAL

La literatura se ha ocupado con cierta profundidad en señalar cuáles son los efectos de la competencia fiscal, especialmente aquellos más nocivos derivados de la existencia de prácticas desleales¹⁹⁸. Como podremos advertir, existen opiniones encontradas respecto a la atribución de estos efectos al fenómeno de la competencia fiscal así como respecto a su valoración positiva o negativa, llegando incluso a cuestionarse la propia concurrencia de los mismos. En nuestro caso, intentaremos aportar los máximos datos posibles para dotar de argumentos sólidos nuestra posición en relación a los diferentes efectos¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Seguiremos en parte la excelente y detallada enumeración de efectos realizada por MARTÍN LÓPEZ, J., "Competencia fiscal perjudicial...", *op. cit.*, págs. 47-62.

¹⁹⁹ En este sentido, GOODSPEED advierte que existen cuatro razones que dificultan la comprobación empírica de la existencia de competencia fiscal y de sus efectos: "First, tax systems are complex and tend to be opaque. Second, there are many factors besides taxes, particularly spending decisions and other location factors, that influence the location decision of tax bases. Third, without knowing the benefits derived by factors from public spending, it is difficult to say how closely a given tax system mimics benefit taxation, and without this information, it is difficult to assess whether tax competition is good or bad. Fourth, there are often several governmental policies at work that have the same aim; this makes it difficult to discern the effect of tax competition in isolation." Véase: GOODSPEED, T. J., "Tax competition benefit taxes, and fiscal federalism", *op. cit.*, págs. 582-585.

6.1 *Fiscal degradation* o pérdida de ingresos fiscales

La principal preocupación de los Estados asociada al fenómeno de la competencia fiscal es la caída de ingresos fiscales causada por dos procesos paralelos y lógicos: por un lado, la pérdida de inversiones y bases imponibles en favor de otras jurisdicciones con regímenes fiscales más ventajosos; por otro, las medidas destinadas a reducir la presión fiscal una réplica de competencia activa²⁰⁰. Extrapolando esta visión a un ámbito superior, la Comisión Europea y la OCDE han mostrado su preocupación por la estabilidad de los ingresos fiscales de los Estados en un entorno de competencia fiscal²⁰¹. Si el capital y las actividades económicas se trasladan a regiones que ofrecen niveles más bajos de tributación, el resultado neto será una erosión generalizada de los recursos obtenidos de estas manifestaciones de renta²⁰².

Esta teórica *race to the bottom*, pronosticada por el modelo básico de competencia fiscal, sería fruto del proceso denominado *beggar-thy-neighbour*, conforme al cual los Estados luchan por atraer inversiones, empresas, grandes fortunas o simplemente compras transfronterizas desde otras jurisdicciones. Esta dinámica de competencia fiscal se

²⁰⁰ MARTÍN LÓPEZ, J., "Competencia fiscal perjudicial...", *op. cit.*, págs. 48-49. El autor advierte que la reacción natural del Estado perjudicado en primer término por sufrir la deslocalización de sus bases, no será otra que adoptar medidas fiscales para recuperar o, por qué no, atraer otros capitales e inversiones extranjeras. En concreto, cataloga este fenómeno como la "retroalimentación del proceso competitivo".

²⁰¹ Informe de la OCDE: *Harmful tax competition: an emerging global issue*, París, 1998, par. 23-24 y Comisión Europea: *La fiscalidad en la Unión Europea*, SEC (96) 487 final o "Primer Informe Monti". El sobrenombre se lo debemos a que fue presentado por el Comisario Mario Monti a los ministros del ECOFIN en la reunión celebrada en Verona los días 12 y 13 de abril de 1996. Este segundo documento advierte también del riesgo inherente a la economía sumergida (pág. 4): "La degradación de la situación fiscal se produce a través de la erosión de la base de imposición provocada tanto por la competencia fiscal (transferencia de las bases tributarias a otros países), como por el desarrollo de la economía sumergida (transferencia de las bases tributarias al mercado negro). El primero de estos fenómenos depende del diferencial entre los tipos impositivos reales, el segundo, del nivel absoluto de los mismos". Como advierte la doctrina y estos documentos, hacer frente a este fenómeno requerirá una respuesta coordinada al más amplio nivel internacional. EASSON, A., "Fiscal Degradation and the International Allocation of Tax Jurisdiction", *EC Tax Review*, 1996-3, pág. 113.

²⁰² KIEKEBELD, B.J., "Harmful tax competition in the European Union", *op. cit.*, pág. 13.

retroalimentaría además al ser rápidamente respondida por la jurisdicción afectada originándose una dañina espiral bajista²⁰³. Aunque no suelen entrar en estas dinámicas, las economías con un Estado del Bienestar más desarrollado son las más temerosas de la proliferación de estos fenómenos, ante el miedo a que una reducción en sus recursos les impida mantener sus niveles de prestaciones y servicios públicos²⁰⁴.

La cuestión es ¿existe realmente esta pérdida de ingresos fiscales?
¿Afecta a todos los recursos o solo a las bases más móviles?

Cuando comenzó a analizarse el fenómeno de la competencia fiscal los estudios corroboraron una caída de los tipos estatutarios del impuesto sobre sociedades entre la década de los 80 y los 90 en todo el mundo, incluida la Unión Europea²⁰⁵. Los últimos datos disponibles en la Unión Europea no hacen sino corroborar esta continuada tendencia y señalan cómo en el periodo 1995-2012 el tipo estatutario medio del impuesto de sociedades en la UE ha descendido alrededor del 12% (del 35,3% al 23,5%)²⁰⁶.

La doctrina advirtió acertadamente que la caída de tipos en la década de los 90 estuvo acompañada por un proceso de ampliación de bases²⁰⁷, principalmente mediante la eliminación de incentivos y beneficios fiscales a la inversión, hecho que mitigó la caída en la recaudación del impuesto. En los últimos años en la Unión Europea ha sucedido lo mismo: en el periodo 1995-2010 la recaudación y el peso relativo del impuesto

²⁰³ GURTNER, B. y CHRISTENSEN, J., "The Race to the Bottom: Incentives for New Investment", *Beyond Bretton Woods: The Transnational Economy in Search of New Institutions*, Ciudad de Méjico, 15-17 de octubre, 2008, pág. 5.

²⁰⁴ AVI-YONAH, R. S., "Globalization, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State", *op. cit.*, pág. 3.

²⁰⁵ BOSSONS, J., "International tax competition: the foreign government response in Canada and other countries", *National Tax Journal*, Vol. 41, núm. 3, 1988, págs. 347-355; DEVEREUX, M. P., KLEMM, R. y GRIFFITH, A., "Can international tax competition explain corporate income tax reforms?", *Economic Policy*, Vol. 17, núm. 35, 2002, pág. 457.

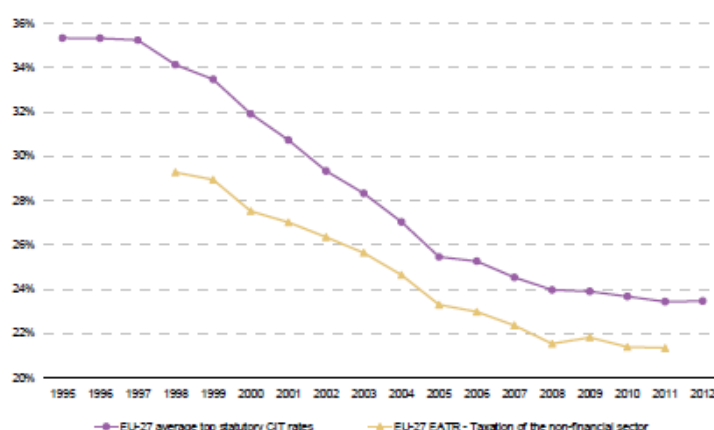
²⁰⁶ *Taxation Trends in the European Union 2012*, Comisión Europea, Eurostat, pág. 36.

²⁰⁷ DEVEREUX, M. P., KLEMM, R. y GRIFFITH, A., "Can international tax competition...", *op. cit.*, pág. 460; JOUMARD, I., "Tax Systems in European Union Countries", *OECD Economic Studies*, núm. 34, 2002, pág. 97; BOND, S. y CHENNELL, L., *Corporate Income Taxes and Investment: A Comparative Study*, The Institute for Fiscal Studies, Londres, 2002, pág. 23.

sobre sociedades respecto al PIB y al resto de impuestos apenas ha cambiado²⁰⁸.

El comportamiento de otro parámetro como el tipo medio efectivo (EATR, *Effective Average Tax Rate*)²⁰⁹ suele ofrecer una visión más cercana a la realidad, al absorber en parte el efecto de la ampliación de bases. De hecho, en el siguiente gráfico se observa un descenso en el EATR (línea amarilla) menor que el de los tipos estatutarios medios²¹⁰.

Gráfico 1 – Evolución del tipo estatutario medio y del tipo efectivo medio en la UE-27. Periodo 1995-2012



Fuente: *Taxation Trends in the European Union 2012*

²⁰⁸ En concreto, la recaudación en concepto de impuesto sobre sociedades respecto al total de la tributación (en que se incluyen las cotizaciones sociales) ha oscilado en torno al 8% en todo el periodo 1995-2010. Como dato interesante, señalamos que en 2010 el impuesto de sociedades solo supera el 10% en esta ecuación en los tres Estados miembros de menor tamaño de la UE: Malta, Chipre y Luxemburgo. Igualmente, la importancia relativa de la recaudación en concepto de impuesto sobre sociedades respecto al PIB se ha mantenido muy constante en todo este periodo, siempre en torno al 3%. Véase: *Taxation Trends in the European Union 2012*, op. cit., págs. 198-199.

²⁰⁹ Existen varios métodos para el cálculo del tipo medio efectivo que pueden llevar a diferentes resultados absolutos en el caso de la Unión Europea, sin embargo, la tendencia a la baja se mantiene. Véase: JAKUBIAK, M. y MARKIEWICZ, M., "Capital Mobility and Tax Competition between Old and New EU Member States - Final Report", *CERGE-EI 2006 Regional Research Competition*, 2007, págs. 8-11.

²¹⁰ La metodología empleada para el cálculo del tipo medio efectivo en el documento *Taxation Trends in the European Union 2012* es la misma utilizada por la Comisión en otros documentos. Véase: DEVEREUX, M., y otros, "Effective tax rates in an enlarged European Union", *Project for the EU Commission TAXUD/2005/DE/3 10*, Final Report, págs. 3-4. Los sistemas europeos de imposición sobre sociedades se han transformado desde unos elevados tipos y unas bases limitadas hacia una combinación de tipos más bajos junto con bases más amplias, con una reducción de los incentivos y deducciones especiales.

Esta tendencia general de descenso no debe ocultar las importantes diferencias que persisten entre los Estados miembros, diferencias que provocan recelos y tensiones en el seno de la Unión y, de hecho, ya han llevado a declaraciones destacadas de algunos líderes europeos. La razón es sencilla, conforme a este método de cálculo, existen más de 20 puntos de diferencia en el tipo medio efectivo entre Estados como Francia (32,8%) o España (31,9%) y otros como Bulgaria (8,9%) o Chipre (10,6%). Incluso, lo que es más grave, el tipo medio efectivo de la UE-15 es superior en casi diez puntos al de los nuevos Estados miembros²¹¹.

Además del EATR, para evaluar la posible caída en la tributación sobre el capital podemos tomar también como referencia el ITR (*implicit tax rate*), tal y como viene definido en el documento *Taxation Trends in the European Union 2012*²¹².

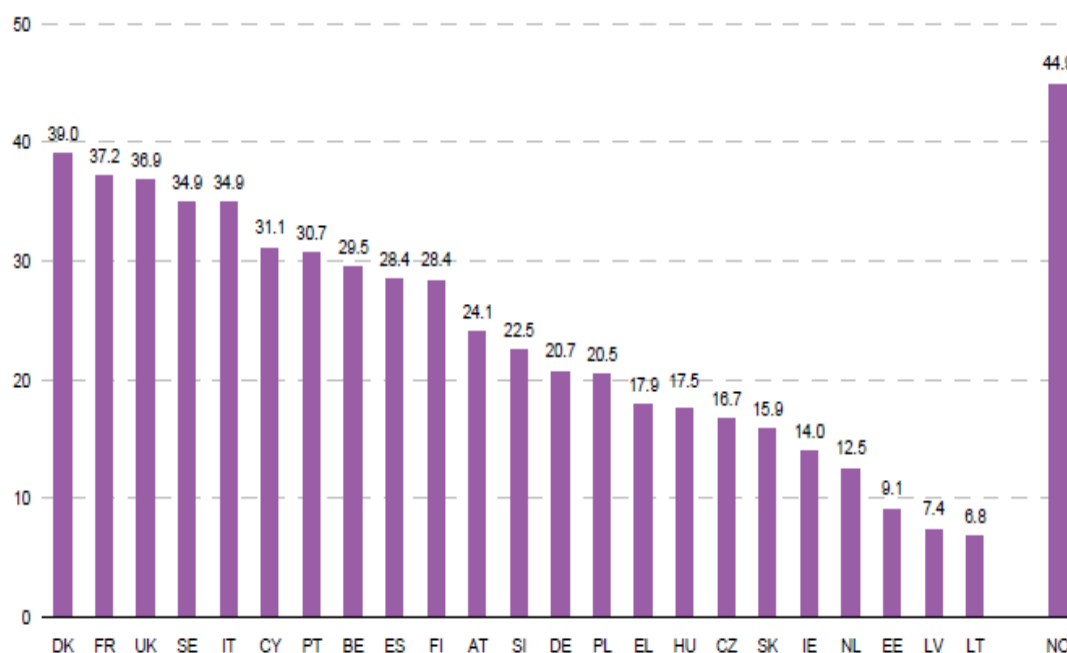
Observando este ITR sobre el capital²¹³ nos encontramos de nuevo ante la gran disparidad existente entre los Estados miembros:

²¹¹ En concreto, de un 25% frente al 16,4%. Véase: *Taxation trends in the European Union*, op. cit., pág. 38. Este *gap* traía causa principalmente de las medidas adoptadas por los nuevos Estados miembros para ser más competitivos con ocasión de su incorporación a la Unión. No obstante, se ha estancado en los últimos años. Como afirma un miembro de la ATTAC (Association for the Taxation of financial Transactions for the Aid of Citizens), asociación crítica con la competencia fiscal y que promueve la implantación de una tasa sobre las transacciones financieras (Tasa Tobin) desde 1998, la incorporación de los nuevos Estados miembros ha tenido claro efectos en la Unión: “la concurrence fiscale se traduit par une surenchère à la baisse des taux de prélèvement, par une dégradation des biens et des services publics et par un transfert de la charge fiscale sur les bases les moins «mobiles» (via les impôts indirects) notamment les salariés, les chômeurs, les retraités...”. Véase: DREZET, V., “Vers une accélération de la concurrence fiscale. Des fiscalités en Europe à la fiscalité européenne: quels enjeux?”, *ATTAC Pays d’Aix*, 9 de octubre 2005.

²¹² El ITR del capital es la ratio entre los impuestos sobre el capital y el total de rentas del capital y del ahorro. En concreto, incluye los impuestos sobre las rentas del ahorro y las inversiones de los particulares y las empresas. Véase: *Taxation trends in the European Union*, pág. 27, nota al pie número 9.

²¹³ La definición empleada por el documento *Taxation Trends in the European Union*, que aporta los datos, es la siguiente: “The ITR on capital is the ratio between taxes on capital and aggregate capital and savings income. Specifically it includes taxes levied on the income earned from savings and investments by households and corporations and taxes, related to stocks of capital stemming from savings and investment in previous periods. The denominator of the capital ITR is an approximation of world-wide capital and business income of residents for domestic tax purposes”. Véase: *Taxation Trends in the European Union*, op. cit., pág. 38.

Gráfico 2 – ITR del capital en Estados miembros – 2010

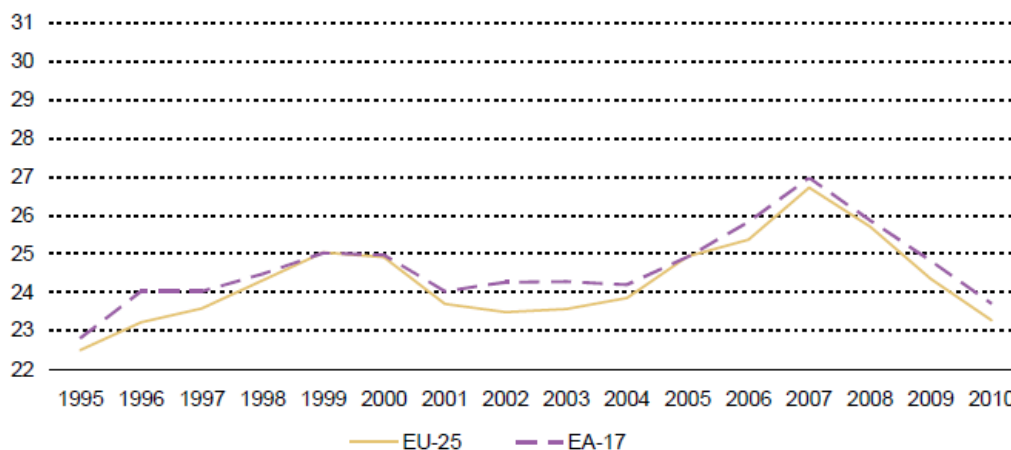


Fuente: *Taxation Trends in the European Union 2012*

Aparte de estas diferencias, podemos observar que desde el año 1995, aunque con algunos altibajos asociados a los ciclos económicos, este ITR del capital apenas se ha modificado en el marco de los Estados miembros. La razón la podemos encontrar en el ya comentado proceso de ampliación de bases llevado a cabo por los Estados miembros en la década de los 90 y en los primeros resultados de las medidas para luchar contra la competencia fiscal, que han puesto cierto límite a algunos programas de incentivos²¹⁴.

²¹⁴ De hecho, en los años anteriores sí que se había observado una caída de más de diez puntos en el ITR sobre el capital. En concreto, en el periodo 1980-1993 la Comisión Europea estimó una caída de más de diez puntos en el ITR del capital. Véase: Comisión Europea, *La fiscalidad en la Unión Europea*, SEC (96) 487 final, pág. 4.

Gráfico 3 – ITR medio del capital en la UE. Periodo 1995-2010



Fuente: *Taxation Trends in the European Union 2012*

De los datos aportados, podemos extraer la conclusión de que sí ha existido una tendencia bajista en el tipo estatutario y efectivo del impuesto sobre sociedades en los últimos años. Sin embargo, este descenso es mucho más suave que el que se produjo en la década de los 80 y los 90. No compartimos, por tanto, los miedos a una acusada *race to the bottom* en la tributación sobre el capital²¹⁵.

No obstante, debemos plantearnos si el descenso, aunque leve, de la tributación sobre el capital ha sido compensado en el pasado con otros impuestos o, por el contrario, ha provocado un descenso en la presión fiscal de los Estados. Como se puede observar en la siguiente tabla, la columna vertebral de la Unión apenas ha modificado su presión fiscal global en el periodo 1995-2010.

²¹⁵ SCHJELDRUP apunta que el descenso de los tipos estatutarios puede ir especialmente orientado a la atracción de inversión en cartera (PI, Portfolio Investment) más que a la atracción de inversión directa (Foreign Direct Investment, FDI), menos móvil que la primera. No obstante, advierte que los estudios empíricos para la demostración de la existencia de competencia fiscal carecen de datos individualizados que puedan analizar estas cuestiones. Véase: SCHJELDRUP, G., *International Tax Competition: is it harmful, and if so, what are the policy Implications*, Norwegian School of Economics and Business Administration, 2002.

Tabla 1 – Evolución de la presión fiscal en la UE. Periodo 1995-2010

Mantienen (+/- 2,5%)		Reducen (- 2,5%)	Aumentan (+ 2,5%)
BE	CZ	BU	MA
NL	DK	IE	CY
AT	DE	LV	
EL	LT	HU	
ES	SE	PL	
FR	UK	SK	
IT	RO	FI	
EE	SI		
PT	LU		

Fuente: *Taxation Trends in the European Union 2012*

Ello nos conduce a una inevitable conclusión: la parcial *race to the bottom* en la tributación sobre el capital, suavizada en los últimos años y no tan acentuada como se pronosticaba en un primer momento, se ha tenido que compensar históricamente con subidas en otros impuestos. En principio, no se han cumplido los pronósticos más pesimistas que auguraban una fuerte caída de la recaudación de los Estados miembros, ni siquiera en relación a los factores más móviles²¹⁶.

²¹⁶ Como hace ver TEATHER, "The prediction of total collapse of government revenues, at least from mobile tax bases, have simply not come true". TEATHER, R., "The Benefits of Tax Competition", *op. cit.*, pág. 58. En opinión de GENSCHEL, la caída prevista en la imposición sobre el capital no ha sido tal porque han existido muchos otros factores concomitantes como el bajo crecimiento, los compromisos presupuestarios, la deuda pública, el desempleo o la economía sumergida que han impedido a los Estados embarcarse en una dinámica de competencia fiscal. De este modo, asegura el autor, "The welfare state is not trapped in a race to the bottom but boxed in between external pressures to reduce the tax burden on capital, on one hand, and internal pressures to maintain revenue levels and relieve tax burden on labor, on the other". GENSCHEL, P., "Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Viability of the Welfare State", *Politics & Society*, Vol. 30, núm. 2, 2002, pág. 266. Ya en el año 2001, en la

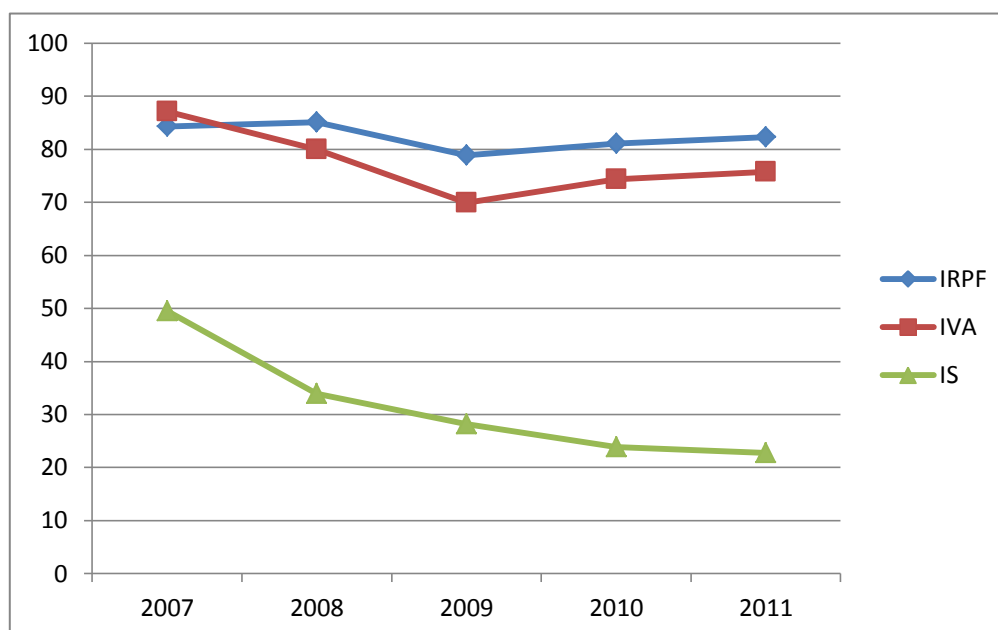
A pesar de la aparente claridad de los datos, no creemos que el debate deba ser zanjado en este punto ya que quedan aún varias cuestiones en el aire. En primer lugar, llaman la atención las profundas diferencias entre algunos Estados miembros. Retomando los argumentos expuestos por la nueva economía geográfica, entendemos que este diferencial está justificado en parte por la ventaja competitiva que aportan la ubicación geográfica, las infraestructuras y la dimensión del mercado interno a algunos Estados miembros (principalmente los perteneciente a la UE-15) frente a otros.

Por último, no podemos dejar de hacer mención a la crisis económica y financiera que asola Europa desde el año 2008 con diferente intensidad. La recesión económica, acompañada o causada por la pérdida de confianza, el endeudamiento, las dificultades de acceso al crédito o la destrucción de empleo, ha afectado seriamente a la capacidad recaudatoria de impuestos clave del sistema fiscal como el IVA, el impuesto sobre sociedades o los vinculados a la actividad inmobiliaria.

Nunca es fácil aislar los efectos de diferentes fenómenos simultáneos, pero a la vista de las recurrentes subidas de impuestos de los últimos meses, parece claro que la actual degradación de ingresos fiscales tiene como causa principal esta crisis económica. Sirva de ejemplo el siguiente gráfico en que se representa la drástica caída de los principales ingresos tributarios en España durante el periodo 2007-2011:

Comunicación *Company taxation in the Internal Market*, COM (2001) 582 final, de 23 de octubre de 2001, la Comisión señalaba que existía poca evidencia empírica de una *race to the bottom*, dado que la ratio media de la Unión entre ingresos en concepto de impuesto sobre sociedades y PIB apenas había variado. Véase: Box 2, pág. 22. Otros trabajos, sin embargo, apuntan a que el incremento de los beneficios empresariales en los años 90 debería haber ido acompañado de un incremento en el peso del impuesto, lo cual es indicativo de la existencia de estrategias de planificación. Véase, en este sentido: MORTON, P. V., "Company Taxation Barriers in the Single Market – Obstacles to Cross Border Activities of European Business", *European Taxation*, núm. 6, 2000, págs. 235-238.

Gráfico 3 – Ingresos tributarios en España
(miles de millones de euros) – Periodo 2007-2011



Fuente: Agencia Tributaria. Informe anual de recaudación tributaria 2011

Lejos de desincentivar nuestro estudio, este hecho nos ofrece una magnífica oportunidad para abordar problemas estructurales de gran calado que han influido en la existencia de competencia fiscal en la Unión Europea.

6.2 Cambio en la estructura tributaria o *tax-mix*

Una de las principales causas para que no se haya podido constatar una verdadera caída de los ingresos tributarios de los Estados es el cambio producido en el *tax mix* o estructura tributaria. El carácter asimétrico de la competencia fiscal, orientada fundamentalmente a mejorar el tratamiento de las bases móviles, provoca un desplazamiento de la carga tributaria hacia la propiedad inmobiliaria y el factor trabajo como

bases menos móviles²¹⁷. Esta previsión, ya formulada en su momento por OATES (1972), es compartida por gran parte de la doctrina, que alerta a su vez de los riesgos que dicha práctica puede conllevar para el empleo²¹⁸.

El ascenso continuado de la tributación sobre el trabajo y la caída en la tributación sobre el capital se ha denominado *Monti Cross* por su visualización gráfica²¹⁹. Para la doctrina, esta era una de las pruebas más claras de la existencia de competencia fiscal en la Unión y un argumento básico de la literatura para combatir sus efectos perniciosos.

Uno de los mejores ejemplos de este traslado de rentas fue la implantación en la década de los 90 de impuestos sobre la renta de carácter dual en varios Estados miembros, empezando por los países nórdicos²²⁰ y continuando más recientemente en Austria, España o Italia²²¹.

²¹⁷ Tal y como afirman AUJEAN y LE CACHEUX: “La concurrence fiscale européenne semble avoir des effets sur la structure des prélèvements obligatoires plus que sur leur montant total”. Véase: AUJEAN, M. y LE CACHEUX, J., “Quelles sont les stratégies...”, *op. cit.*, pág. 59.

²¹⁸ CALDERÓN CARRERO, J. M. y CAAMAÑO ANIDO, M. A., “Globalización económica y poder tributario: ¿hacia un nuevo derecho tributario?”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, núm. 6, 2002, pág. 187; CRUZ PADIAL, I., “Sistema Tributario: Su falta de adecuación al contexto actual originado por el proceso de globalización económica”, *Nueva Fiscalidad*, núm. 9, 2007; KIEKEBELD, B.J., “Harmful tax competition in the European Union”, *op. cit.*, pág. 15. Los efectos distorsivos sobre el mercado de trabajo se señalan en diversos estudios económicos, entre ellos: SHI, S. y WEN, Q., “Labor Market Search and the Dynamic Effects of Taxes and Subsidies”, *Journal of Monetary Economics*, Vol. 43, págs. 457-495 o KOSKELA, E. y SCHÖB, R., “Why Governments Should Tax Mobile Capital in the Presence of Unemployment.”, University of Munich, 1998, Mimeo. Conforme al modelo expuesto por ROEGER y otros, se demuestra que en presencia de mercados de trabajo imperfectos, la influencia negativa sobre el mercado de trabajo de este cambio de *tax-mix* es superior a la reducción de distorsiones en el mercado de capital. ROEGER, W., VELD, J. y WOEHRMANN, D.I.A., “Some Equity and Efficiency Considerations of International Tax Competition”, *International Tax and Public Finance*, Vol. 9, 2002, pág. 29.

²¹⁹ PINTO, C., “Tax Competition in the European Union”, *op. cit.*, pág. 37. Esta cruz tiene su razón de ser en la representación gráfica temporal de unos tipos crecientes sobre el trabajo y descendentes sobre el capital. Al ser advertido por el entonces comisario Mario Monti, este efecto ha tomado su nombre.

²²⁰ Un análisis de la evolución de este sistema dual en Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia lo podemos encontrar en: PICOS SÁNCHEZ, F., “Quince años de modelo dual de IRPF: experiencias y efectos”, *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 12, 2003, págs. 7-17. El mismo autor realiza una presentación del debate acerca de la implantación de este sistema en España en su tesis doctoral: PICOS SÁNCHEZ, F., *El modelo dual de reforma del IRPF: un estudio de la viabilidad y los efectos de su aplicación en España*, Ministerio de Hacienda, Madrid, 2004.

²²¹ En España, el esquema dual de tributación se implantó en la reforma impuesta por la Ley 35/2006, de 21 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. En el Informe para la reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, de 3 de abril de 2002, realizado por el Instituto de Estudios Fiscales,

La filosofía de este impuesto dual no es otra que dotar de mayor neutralidad fiscal a las inversiones acercando la tributación del capital en la renta personal a los tipos del impuesto sobre sociedades. De este modo, se concede un trato diferenciado a las rentas del capital, que pasan a tributar conforme a tipos generalmente proporcionales y más bajos, frente a las rentas del trabajo o profesionales que continúan tributando a una escala progresiva²²². El principal argumento con que se tratan de justificar este tipo de reformas es el riesgo de deslocalización, derivado de la mayor elasticidad de la oferta de capital. Sin embargo, se quiebra de forma radical la equidad horizontal, al gravar de modo diferente las rentas en función de su origen²²³.

En los últimos años, sin embargo, observamos una fuerte ralentización del cambio en el *tax mix* que se había constatado hasta mediados de los 90. Este cambio estuvo caracterizado por un aumento de la presión fiscal global, sustentado principalmente por un incremento de la recaudación proveniente del factor trabajo merced a un progresivo aumento de tipos, manteniéndose estable la contribución de los impuestos sobre el capital²²⁴.

Conforme a los datos aportados por el documento *Taxation Trends in the European Union 2012*²²⁵, los tipos implícitos sobre el trabajo en la

encontramos una pormenorizada explicación de las ventajas e inconvenientes de este modelo y de su ubicación sistemática en el contexto europeo. Ministerio de Hacienda, *Informe sobre la Reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Madrid, 2002, págs. 58-72. No obstante, el documento del Ministerio advierte que el sistema dual puro solo lo podemos encontrar en Noruega y Finlandia, siendo el resto de reformas meramente aproximativas en búsqueda de una mayor neutralidad en el tratamiento de los rendimientos del capital.

²²² Un problema señalado de este sistema es que genera un incentivo para la transformación de rentas en las empresas de menor tamaño. SORENSEN, P.B., "Dual Income Taxation: Why and How?", *Economic Policy Research Unit, Working Paper Series*, núm. 10, 2005, pág. 27; PICOS SÁNCHEZ, F., "Quince años de modelo dual...", *op. cit.*, pág. 22. También puede plantear problemas de constitucionalidad por atacar frontalmente los principios de igualdad y de progresividad. Véase: BAVILA, A., "Moving away from global taxation: dual income tax and other forms of taxation", *European Taxation*, Junio, 2001, págs. 211 y ss.

²²³ ÁLVAREZ GARCÍA, S., FERNÁNDEZ DE SOTO BLAS, M. L. y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A. I., "La fiscalidad del ahorro en la Unión Europea: entre la armonización fiscal y la competencia de los sistemas tributarios nacionales, *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 15, 2003, pág. 24.

²²⁴ AVI-YONAH, R. S., "Globalization, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State", *op. cit.*, pág. 43.

²²⁵ *Taxation Trends in the European Union 2012*, pág. 257.

Unión, lejos de seguir incrementándose como hicieron hasta 1994, se han incluso reducido en el periodo 1995-2010. El motor de este descenso ha sido en parte la incorporación de los nuevos Estados miembros, algunos de los cuales han implantado recientemente sistemas de *flat tax* en los impuestos sobre la renta con tipos muy reducidos. Los países nórdicos también han contribuido a esta reducción²²⁶, reajustando sus casi expropiatorios sistemas de gravamen personal sobre la renta. En estos datos, en cambio, no se ha reflejado aún la reciente tendencia de algunos Estados miembros a elevar los tipos marginales en los tramos más altos de gravamen con ocasión de la crisis económica. Las exigencias de consolidación fiscal y la buena prensa de las subidas impositivas a las clases más altas, han contribuido a elevar los tipos marginales superiores en varios Estados miembros²²⁷.

Esta minimización del impacto sobre el *tax mix* no nos debe hacer olvidar la preocupación por el cambio en la orientación de la política tributaria provocada por la presión competitiva de otras economías²²⁸. De hecho, aunque no se observa una tendencia comunitaria a un cambio más profundo de las estructuras fiscales, las grandes diferencias entre Estados miembros permanecen e incluso se incrementan. La Unión Europea, por tanto, mantiene aparentemente un *tax-mix* estable pero con fuertes tensiones internas que posteriormente analizaremos.

Otro efecto de la crisis económica y de deuda soberana es que los Estados, ante la necesidad de adoptar medidas para aumentar su recaudación en el corto-medio plazo²²⁹, han optado por gravar las bases

²²⁶ En el periodo 1995-2010 el tipo implícito sobre el trabajo ha descendido en Dinamarca en 5,4 puntos, 5 puntos en Finlandia y hasta 7,8 puntos en Suecia. *Taxation Trends in the European Union 2012*, op. cit., pág. 257.

²²⁷ Es el caso de Grecia (del 40 al 45%), Irlanda (del 41 al 48%), España (del 43 hasta el 56% según las CC.AA.) o Portugal (del 42 al 46,5%). Véase: *KPMG's Individual Income Tax and Social Security Rate Survey 2012*, KPMG International, 2012, págs. 6-7.

²²⁸ La estabilización de estos efectos no puede hacernos olvidar su incidencia sobre una eficaz distribución de los recursos públicos. DI PIETRO, A., "La debolezza dell'armonizzazione e la forza della competizione nella tassazione delle società in Europa", op. cit., pág. 76.

²²⁹ MINTZ, J., "Is National Tax Policy Viable in the Face of Global Competition", *Tax Notes International*, núm. 5, 1999, págs. 99-102; LODIN, S-O., "What ought to be taxed and what can be taxed: a new international dilemma", *Bulletin for International Fiscal Documentation*, Vol. 54, núm. 5, 2000, págs. 210-217.

menos móviles, como la tributación sobre el consumo (IVA e impuestos especiales) o las rentas del trabajo, como ya indicamos.

Una vez más, ni el impuesto sobre sociedades ni las rentas del capital han sufrido apenas cambios²³⁰, una cuestión que vuelve a poner en cuestión los principios clásicos de justicia tributaria. De hecho, aunque sea una cuestión menos empírica, no nos cabe duda que una de las principales distorsiones generadas por la competencia fiscal es la imposibilidad de regir el sistema fiscal conforme a los principios de igualdad, generalidad, capacidad económica o progresividad en los que se debería sustentar un sistema fiscal moderno²³¹.

El tratamiento asimétrico de las manifestaciones de riqueza no solo pone en cuestión el principio de igualdad horizontal del sistema, sino que atenta también contra la igualdad vertical²³², al favorecer principalmente a los sujetos pasivos con mayores rentas (tanto empresas como grandes

²³⁰ Como reconoce DI PIETRO, la crisis ha llevado a los Estados "a privilegiare di nuovo il ruolo dell'imposta sui consumi rispetto a quello dell'imposizione personale sui redditi. La crisi finanziaria ha fatto quindi diminuire l'interesse per l'utilizzo concorrenziale del livello delle aliquote dell'imposta sulle società". DI PIETRO, A., "La debolezza dell'armonizzazione e la forza della competizione nella tassazione delle società in Europa", *op. cit.*, pág. 75. En el caso de España, sin embargo, además de elevarse el IVA, del 16 al 21%, los impuestos especiales y los tipos marginales superiores del impuesto sobre la renta se ha incrementando también el gravamen sobre las rentas del capital a las personas físicas en virtud del *Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público*. Del tipo fijo del 18%, vigente antes de 2010, se ha pasado a una escala progresiva para los años 2012-2013: el 21% para las rentas del capital mobiliario hasta 6.000 euros, el 25% entre 6.000 y 24.000 y el 27% a partir de 24.000 euros.

²³¹ MARTÍN LÓPEZ, J., "Competencia fiscal perjudicial...", *op. cit.*, pág. 53; CRUZ PADIAL, I., "Sistema Tributario...", *op. cit.* pág. 36; SANZ GADEA, E., "Aspectos Internacionales de la Política Fiscal (1)", *Impuestos*, núm. 14, 2001, págs. 31 y ss; CHECA GONZÁLEZ, C., "La degradación de los principios tributarios como consecuencia de la globalización económica", *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 28, 2010, págs.17-40; CALDERÓN CARRERO, J. M. y CAAMAÑO ANIDO, M. A., "Globalización económica y poder tributario...", : *op. cit.*, pág. 198. Estos últimos autores consideran que la competencia mina estos principios clásicos "haciendo pivotar la construcción de algunos de los más importantes impuestos del sistema sobre los principios de practicabilidad y eficiencia económica". En la misma línea, se pronuncia MARINI cuando alude al principio de equivalencia que comienza a regir la política presupuestaria del Estado. Véase: MARINI, P., *La concurrence fiscale en Europe; une contribution au débat*, Les rapports du Sénat, núm. 483, París, 1999, pág. 67.

²³² Una explicación sobre ambas dimensiones de la equidad (igualdad) la encontramos en ÁLVAREZ GARCÍA, S., FERNÁNDEZ DE SOTO BLAS, M. L. y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A. I., "La fiscalidad del ahorro en la Unión Europea", *op. cit.*, pág. 15-16.

fortunas)²³³. De este mismo modo, queda desvirtuado el principio de capacidad económica.

El principio de generalidad es también puesto en cuestión, por ejemplo, cuando se ofrecen tratos preferentes o *rulings* a determinadas empresas para incentivar de modo directo su localización en un territorio.

Por último, el principio de progresividad se ve truncado tanto por la dificultad de los Estados de realizar políticas redistributivas que no contribuyan a mejorar la competitividad²³⁴ como por el tratamiento benévolo con las rentas más elevadas, más proclives a la deslocalización y a la planificación fiscal²³⁵. Las amnistías fiscales aprobadas en Italia o España en los últimos años no suponen más que la consumación del fracaso en la aplicación de los principios de justicia tributaria y la victoria de los evasores²³⁶.

Como advierte SANZ GÓMEZ, los principios tributarios clásicos no se han incorporado al ordenamiento de la Unión “provocando la paradoja de

²³³ La explicación dada por AVI-YONAH es clara: “since the rich save more than the poor, taxes on labor (consumption and payroll taxes) are generally more regressive (i.e., tax the poor more heavily) than taxes on capital (savings). Thus, a shift in tax burden from capital to labor would tend to render the tax system more regressive. Such a tax system is also less capable of redistributing resources from the rich to the poor”. Véase: AVI-YONAH, R. S., “Globalization, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State”, *op. cit.*, pág. 45. En el mismo sentido: AUJEAN, M. y LE CACHEUX, J., “Quelles sont les stratégies...” *op. cit.*, pág. 61.

²³⁴ EDWARDS, C. y DE RUGY, V., “International Tax Competition: a 21st-Century Restraint in Government”, *Tax Notes International*, Vol. 27, núm. 1, 2002, pág. 66.

²³⁵ DOS SANTOS, A. C., “L’Union européenne...”, *op. cit.*, pág. 105. Como aconseja LODIN desde un punto de vista práctico: “To tax what you practically can tax will be a more important principle than what in theory ought to be taxed”. LODIN, S-O., “What ought to be taxed...”, *op. cit.*, pág. 217.

²³⁶ La amnistía española se aprobó mediante el *Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público*, con el calificativo de regularización tributaria. Estaba destinada a contribuyentes del IRPF el IS o el IRNR titulares de bienes o derechos que no hubiese sido declarados con anterioridad, a los que se permitiría regularizar su situación abonando una cuota proporcional del 10%. Para un análisis más exhaustivo, nos remitimos a: GIL SORIANO, A., “¿Amnistía fiscal como medida de lucha contra el fraude fiscal?”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 30, 2012, págs. 62-69; CALVO VÉRGEZ, J., “La amnistía fiscal en el RD-ley 12/2012, de 30 de marzo”, *Carta Tributaria*. Monografías, núm. 9, 2012, págs. 3-22 o SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A., “Posibilidades y límites de la amnistía fiscal”, *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 355, 2012, págs. 105-140. En el caso de Italia, el denominado *scudo fiscale* fue aprobado por el *decreto legge, 30 dicembre 2009, n. 194* (conocido como *mille-proroghe*) y convalidado con la *legge di conversione 26 febbraio 2010, n. 25*. En este caso el importe de la cuota era inicialmente del 5% hasta el 1 de enero del 2010. Posteriormente se amplió el plazo hasta el 30 de abril de 2010 elevando el tipo al 6% (hasta el 28 de febrero) y al 7% (hasta el final del plazo).

que se está creando un sistema tributario cuya piedra angular tiene carácter extrafiscal (la consecución del mercado único) y, asimismo, se encuentra en un plano axiológico superior”.²³⁷

6.3 La eficiencia en la distribución de los recursos

Una de las cuestiones más controvertidas en torno a los efectos de la competencia fiscal es si ésta afecta o no a la localización de los factores y si esta influencia genera pérdidas de eficiencia para la economía en su conjunto. Estamos ante un nuevo capítulo del eterno debate sobre si el beneficio para un Estado compensa los perjuicios para los demás. Sin embargo, en el caso de la Unión Europea creemos que se debe adoptar otra perspectiva por la propia concepción del mercado interno y del proceso de integración entre los Estados miembros. La búsqueda de la neutralidad del factor fiscal en la toma de decisiones, aunque complicada por la disparidad entre las tradiciones de los Estados miembros, debe ser un principio fundamental en la evaluación de las medidas²³⁸. Como afirma AVI-YONAH:

“From an efficiency perspective, tax competition impairs the optimal global allocation of investments: When the effective tax rate abroad is lower than the effective rate at home, taxpayers will prefer international investments

²³⁷ Véase: SANZ GÓMEZ, R. J., “Las cláusulas anti-abuso específicas tributarias...”, *op. cit.*, pág. 168.

²³⁸ VOGEL subraya la importancia de esta neutralidad como principio que debe regir la búsqueda de la eficiencia, aunque alcanzarla plenamente sea una quimera: “as far as efficiency is desirable (...) a high degree of neutrality should be shought”. VOGEL, K., “World-wide vs. Source Taxation of Income – a Review and Reevaluation of Arguments”, en AA.VV., *Influence of Tax Differentials on International Competitiveness: proceedings of the Munich Symposium on International Taxation*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer –Boston, 1990, pág. 136. Posteriormente desarrollaremos con más profundidad el concepto de neutralidad. Sirvan en este punto las palabras de MARTÍN LÓPEZ que advierte que: “la intención de los Estados de atraer hacia su territorio, a través de la utilización del instrumento tributario, el mayor número posible de inversiones empresariales y de capital coadyuva, de forma significativa, a que un segmento de tales inversiones se localicen en exclusiva atención a parámetros fiscales, sobreviniendo una ausencia de neutralidad de los sistemas tributarios estatales en el ámbito internacional y, por ende, una ineficiente localización de dichos recursos económicos. MARTÍN LÓPEZ, J., “Competencia fiscal perjudicial...”, *op. cit.*, pág. 58.

even when the return on domestic investments is higher before taking taxes into account, thus diminishing global welfare”.²³⁹

La influencia del factor fiscal en la toma de decisiones económicas ha sido objeto de múltiples estudios que han llegado a conclusiones similares. Por un lado HINES, en un gran trabajo recopilatorio de 20 estudios con Estados Unidos como trasfondo, subrayaba la importancia del factor fiscal en la localización e importe de la inversión extranjera directa (FDI)²⁴⁰. En la economía europea, un estudio similar en torno a multinacionales alemanas destacó el tipo estatutario como elemento clave, junto con los costes laborales, en la ubicación de la inversión extranjera²⁴¹. Otros autores, en cambio, relativizan el papel del factor fiscal, situándolo como un elemento más en las decisiones de localización²⁴² y reconociendo la concurrencia de otros factores²⁴³. No obstante, es común a todos reconocer que la creciente movilidad de algunas actividades económicas y la progresiva equiparación de estos “otros factores de localización” incrementa aún más si cabe la influencia potencial del elemento fiscal²⁴⁴.

²³⁹ AVI-YONAH, R. S., “Globalization, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State”, *op. cit.*, pág. 4.

²⁴⁰ HINES, J. R., “Tax Policy and the Activities of Multinational Corporations”, en AA.VV., *Fiscal Policy: Lessons from Economic Research*, director: Alan. J. Auerbach, MIT, 1997, págs. 401-446. Otros trabajos no hacían sino confirmar la relevancia de este factor fiscal, especialmente en aquellas actividades de índole administrativa o financiera que exigen un menor traslado de recursos. Véase: PETER WILSON, G., HUBBARD, R. G. y SLEMROD, J., “The Role of Taxes in Location and Sourcing Decisions”, en AA.VV. *Studies in International Taxation*, director: Alberto Giovannini, R. Glen Hubbard y Joel Slemrod, University of Chicago Press, Chicago, 1993, pág. 229. Continuando con el marco de la economía norteamericana, un estudio desarrollado en torno a las decisiones de localización e inversión de 500 empresas norteamericanas señaló que estas eran especialmente sensibles al tipo medio efectivo de gravamen y que en ausencia del factor fiscal, cerca del 20% de las inversiones cambiarían de destino. Véase: GRUBERT, H., “Do Taxes Influence Where U.S. Corporations Invest?”, *National Tax Journal*, págs. 835-836.

²⁴¹ BUETTNER, T. y RUF, M., “Tax incentives and the location of FDI: Evidence from a panel of German multinationals”, *International Tax and Public Finance*, núm. 14, 2007, págs. 151-164.

²⁴² WUNDER, H., “The effect of International Tax Policy on Business location decisions”, *Tax Notes International*, vol. 24, núm. 13, 2001, págs. 1331-1355.

²⁴³ PINTO cita, entre otros, la estabilidad política y económica, las infraestructuras, el mercado potencial, el coste y cualificación de la fuerza laboral o el desarrollo del sistema financiero. Véase: PINTO, C., “EU and OECD to Fight Harmful Tax Competition: Has the Right Path Been Undertaken?”, *op. cit.*, pág. 394.

²⁴⁴ Entre las actividades económicas más móviles destacan en primer lugar el traslado de capital (en forma de inversión o ahorro), los servicios financieros, de seguros, la gestión de

Este es el caso de la Unión Europea, en la que el proceso de integración económica ha aproximado las condiciones políticas, sociales y económicas de muchos Estados²⁴⁵. El mercado interno, en cambio, exigiría que la competencia no se viese alterada por las disparidades fiscales entre los Estados, especialmente aquellas orientadas a mejorar artificialmente la competitividad de productos, servicios o actividades que de otro modo dejarían su espacio a otros más competitivos o eficientes, coartando la mejora de la competitividad de la Unión en su conjunto.

Como último punto, queremos destacar el papel de las multinacionales como agentes principales en el proceso de competencia fiscal. Su capacidad para deslocalizar segmentos concretos de la actividad, trasladar recursos entre las diferentes filiales o establecimientos permanentes y, en definitiva, aprovechar todos y cada uno de los instrumentos de la planificación fiscal (precios de transferencia, subcapitalización, etc.) las hacen especialmente sensibles a la oferta de incentivos fiscales²⁴⁶. El principal problema no solo radica en que fomentan la creación de regímenes *ad hoc* para atraer sus actividades, sino que los Estados deben emplear recursos y adoptar complejas e ineficientes normas

patentes o los trabajos más intensivos en mano de obra altamente cualificada. KIEKEBELD, B.J., "Harmful tax competition in the European Union", *op. cit.*, pág. 4.

²⁴⁵ Ya advertía de este hecho el Informe Ruding: "As obstacles to factor mobility are removed, firms and individuals will have greater freedom to move their capital to locations where the highest after-tax returns can be obtained". Comisión Europea, *Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation* (Ruding Report), Marzo 1992, pág. 29. En el interesante estudio llevado a cabo por GORTER y PARIKH, los autores advierten que la productividad en la Unión podría mejorar sin los incentivos existentes al traslado del capital a regiones de menor tributación. Incluso, llegan a cifrar la elasticidad del flujo de FDI entre los Estados: una reducción del 1% en el tipo efectivo del impuesto sobre sociedades respecto a la media europea incrementa en un 4% la inversión de otros Estados miembros en dicha economía. Véase: GORTER, J. y PARIKH, A., "How sensitive is FDI to differences in Corporate Income Taxation within the EU?", *De Economist*, 151, núm. 2, 2003, págs. 193-204. En los últimos años, la ampliación de la Unión Europea ha podido frenar en parte este fenómeno en relación con algunas actividades por las diferencias culturales y económicas que aún persisten entre el núcleo de la Unión y algunas economías del Este, aún en proceso de adaptación a los estándares europeos.

²⁴⁶ KIEKEBELD, B.J., "Harmful tax competition in the European Union", *op. cit.*, pág. 5. Como indica AVI-YONAH, que las multinacionales gozaran de una tributación reducida podría estar justificado si se localizaran en jurisdicciones con un limitado sector público, lo que las obligaría a aumentar su inversión o les haría reducir sus beneficios ante el limitado acceso a infraestructuras, capital humano o tecnología. Sin embargo, esta ecuación se vuelve a romper desde el momento en que los Estados atraen a estas empresas mediante incentivos específicos manteniendo elevados niveles sobre las bases menos móviles. AVI-YONAH, R. S., "Globalization, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State", *op. cit.*, pág. 47.

anti-evasión para frenar su peligroso aprovechamiento de las estructuras jurídicas²⁴⁷. Si no todos lo hacen con la misma intensidad o, simplemente, se sitúan a diferentes lados del campo, se crea el escenario ideal para una competencia fiscal desleal.

6.4 La limitación del poder tributario del Estado

Toda la doctrina comparte que la competencia acaba incidiendo sobre la capacidad de los Estados para ejercer plenamente su soberanía en el ámbito tributario. Sin embargo, como advertimos anteriormente, la visión del Estado y de su actuación condicionará en gran medida la evaluación de este efecto²⁴⁸.

Entre los partidarios de la competencia fiscal nos encontramos críticos que destacan las severas ineficiencias prácticas, teóricas y de localización generadas por el gasto público²⁴⁹. Además, recordemos que uno de sus principales argumentos en favor de la competencia fiscal es que limita la tendencia de los gobiernos a perseguir sus propios fines, lo que conduciría irremediablemente a un crecimiento casi exponencial del Estado, siempre por encima del nivel deseado por los ciudadanos. De este modo, la presión externa, representada por la competencia fiscal, les obligaría a ser más eficientes en la oferta de bienes y servicios, aproximando su actividad a una situación de mercado en la que el productor ineficiente (jurisdicción) perderá cuota de mercado (bases imponibles) en favor de otros que puedan ofrecer el mismo bien o servicio por un menor precio (equivalencia impuesto-gasto). Partiendo de esta

²⁴⁷ VALLEÉ, A., *Les systèmes fiscaux*, Seuil, París, 2000, pág. 208. No solo están orientadas a las multinacionales las normas contra la subcapitalización o el régimen de *Control Foreign Corporations* (CFC), sino también, por ejemplo, toda la compleja normativa de precios de transferencia.

²⁴⁸ Sirva de ejemplo la visión aportada por el neoliberal *Fraser Institute*: “As tax rates on capital income fell around the world, economic distortions caused by taxes would be reduced. Unless international tax competition would be stifled, greater economic freedom through lower marginal tax rates will lead to more efficient tax systems, greater capital investment, and rising incomes around the world”. Véase: EDWARDS, C. y DE RUGY, V., “International Tax Competition”, *op. cit.*, pág. 54.

²⁴⁹ TEATHER, R., “The Benefits of Tax Competition”, *op. cit.*, pág. 61.

concepción de Estado Leviatán, estos autores consideran positiva la capacidad de la competencia fiscal para limitar la conducta de los gobiernos²⁵⁰.

En este debate en torno al ejercicio del poder tributario se cruzan también dos problemas adicionales. En primer lugar, no hay que olvidar la doble vertiente del elemento fiscal ingreso-gasto que podría legitimar la opción de un Estado de ofrecer un menor nivel de servicios públicos a cambio de una clima fiscal más favorable. La asimetría en el tratamiento de los sujetos y de las diferentes fuentes de renta debe ser, en principio, la línea roja para aceptar la legitimidad de estas medidas dentro del ejercicio de soberanía del Estado.

La otra cuestión conflictiva versa sobre el papel de la fiscalidad como instrumento de compensación de las desventajas históricas, geográficas o económicas de los diferentes Estados. Este rol es defendido con fervor por aquellas jurisdicciones de menor tamaño, que consideran el elemento fiscal como el único medio para alcanzar unas condiciones de competitividad suficientes que les permitan concurrir en condiciones de igualdad con las grandes economías, provistas de un mercado interno mucho más consolidado y con posibilidad de influir en los flujos económicos²⁵¹.

En otra línea de argumentación, múltiples autores consideran perniciosa la restricción a la soberanía que la competencia fiscal impone a la hora de configurar el sistema tributario de los Estados²⁵² al impedirles, como señalamos anteriormente, tanto ejercer políticas redistributivas como, en definitiva, asumir el control de sus decisiones fiscales²⁵³. La competencia fiscal deriva en un traslado del poder financiero de los

²⁵⁰ McLURE, C. E., "Tax Competition is what's good for the private goose also good for the public gander?", *op. cit.*, pág. 346.

²⁵¹ Es en parte la teoría expuesta por los estudiosos de la nueva economía geográfica. En estos argumentos se escudan en no pocas ocasiones los territorios que crean regímenes *off-shore* o se constituyen como paraísos fiscales para justificar su posición. Véase: BISWAS, R., "Introduction: Globalisation, Tax Competition and Economic Development", *op. cit.*, págs. 1-9.

²⁵² MARTÍN LÓPEZ, J., "Competencia fiscal perjudicial...", *op. cit.*, págs. 59-62.

²⁵³ En el informe de la Comisión del año 2001 *Política Fiscal en la Unión Europea-Prioridades para los próximos años*, COM (2001) 260 final, de 23 de marzo de 2001, la institución ya advertía que "las opciones de los Estados miembros no se producen de forma aislada y deben tener en cuenta los aspectos internacionales". (pág. 8).

Estados en favor del mercado y sus mecanismos, totalmente alejados de los principios de justicia tributaria. El único modo de hacer frente a los mercados y recuperar las cotas de soberanía perdidas es mediante una acción coordinada de los Estados. Dado que la acción individual está condenada al fracaso, ceder soberanía en el seno de un proceso de cooperación parece ser la única solución para alejar el fantasma de la calificada peyorativamente como “dictadura de los mercados”. *Uno para todos, y todos para uno.*

7. CONCLUSIONES

Echando la vista atrás consideramos cumplidos los objetivos de este primer capítulo. En primer lugar, hemos realizado un análisis secuencial del concepto de competencia fiscal desde diferentes expresiones, hasta alcanzar el núcleo del objeto de nuestro estudio. A continuación, hemos expuesto las principales teorías económicas al respecto, lo que nos ha ofrecido una panorámica de las diferentes posiciones doctrinales en la materia. Posteriormente, se ha profundizado en los elementos que deben concurrir para identificar el componente perjudicial de la competencia fiscal. Para acabar el capítulo, hemos optado por un análisis de los principales efectos de este fenómeno sobre la recaudación, los sistemas fiscales o los principios de justicia tributaria. Estas son las principales conclusiones extraídas del estudio de estas cuestiones preliminares al objeto de nuestro trabajo:

1. La construcción del concepto de competencia fiscal a partir de la competencia empresarial no debe impedir que descartemos los planteamientos que asemejan apriorísticamente la posición de una empresa a la de un Estado.

En el contexto de la UE el papel del Estado como agente fundamental de la actividad económica y como principal proveedor directo

de servicios exige garantizar y proteger sus fuentes de ingreso. Por ello, descartamos la utilidad de emplear cualquier planteamiento que de manera apriorística considere positiva la minimización del Estado y, por tanto, de su intervención en pos de los principios de justicia y equidad por medio del suministro de servicios públicos. De hecho, el análisis de la extensa doctrina económica nos ha permitido conocer la profunda polarización existente en el pensamiento económico, muy vinculada a la concepción del Estado y su intervención. En todo caso, aunque el empleo de modelos constituya siempre una simplificación de la realidad, podemos obtener visiones enriquecedoras para nuestro estudio, al aportar esquemas que nos permiten analizar situaciones reales y abrirnos los ojos respecto a la multiplicidad de condicionantes y elementos que pueden influir en todos los agentes de un proceso de competencia fiscal. Por ejemplo, una de las conclusiones más interesantes es la alcanzada por la nueva economía geográfica, que en situaciones de interacción de jurisdicciones de pequeño tamaño con otras mayores (que pueden beneficiarse de las fuerzas de concentración) justifica una posición más agresiva de las primeras con el fin de compensar sus carencias, por ejemplo a través de la competencia fiscal.

2. La competencia fiscal es un proceso de reforma del ordenamiento en que las jurisdicciones asumen un papel protagonista para beneficiarse económicamente, en detrimento de otras jurisdicciones, del arbitraje fiscal realizado por particulares y empresas que persiguen, como sujetos económicos, minimizar su factura impositiva.

Nuestra intención en este trabajo es circunscribir la competencia fiscal a las situaciones en que una jurisdicción adopte medidas concretas para atraer o retener capitales, actividades o ciudadanos. De este modo, la concebimos como un proceso voluntario de interrelación entre jurisdicciones, intrínsecamente negativo en el seno de un mercado interno, por cuanto el factor fiscal altera la adopción de decisiones de inversión y localización óptimas. El único medio para mitigarla es acudir a la raíz del

problema, reduciendo las posibilidades de arbitraje fiscal de los agentes incidiendo sobre los parámetros que fomentan su aparición. En el próximo capítulo profundizaremos en este aspecto.

3. La presencia de competencia fiscal es inevitable en un marco institucional como la Unión Europea, en el que conviven un mercado interno muy desarrollado amparado en las libertades comunitarias y profundas diferencias impositivas entre los Estados miembros, fruto de la insuficiente armonización fiscal, principalmente en el ámbito de la tributación directa.

Gran parte de los esfuerzos institucionales irán, por tanto, orientados a garantizar que la competencia fiscal se desarrolle dentro de parámetros de lealtad para con los demás Estados miembros. De hecho, la UE, al unísono con la OCDE y con la mayor parte de la doctrina, han consensuado un conjunto de características de las medidas fiscales perjudiciales: desviación respecto al esquema general de tributación, falta de transparencia, aislamiento respecto al sistema interno, orientación al no residente, etc.

4. El carácter perjudicial de la competencia fiscal debe partir de un análisis de los efectos reales de las medidas (recaudación, deslocalización de actividades, compras o personas, etc.), aunque sin descartar el empleo de criterios objetivos como los estipulados en los diferentes documentos que han definido las medidas perjudiciales.

Un punto de partida dentro de la UE puede ser el carácter asimétrico de una medida respecto al régimen de tributación del entorno, entendiendo por entorno el marco del mercado interior de la Unión (y no el de cada Estado). Además, aunque los efectos en un momento concreto no sean los esperados, también puede ser un parámetro la propia finalidad de dichas medidas (si están orientadas específicamente a la atracción de bases imponibles desde otras jurisdicciones). Por último, un instrumento adicional de evaluación puede ser el daño que haría al sistema en su conjunto la

réplica por otros Estados de esta misma medida (tratando así de bloquear la ventaja del primero cuando se adoptan medidas de este tipo). Esta concepción de la competencia fiscal perjudicial pretende abarcar también las medidas generales que pueden tener efectos negativos equivalentes sobre la localización de los factores, así como poder aplicarse a otros campos de la fiscalidad comunitaria como los impuestos indirectos o la tributación de las personas físicas.

5. La temida *race to the bottom* en la tributación sobre el capital se ha frenado. Incluso, podemos afirmar que nunca fue su intención llegar hasta el final. En cambio, sí hemos constatado un progresivo cambio en el *tax mix*, que ha incrementado la presión sobre el factor trabajo y el consumo. Nos equivocamos de atracción. El sistema fiscal no era una caída libre, sino un sencillito balancín.

Algunos críticos que veían en la UE la personificación del Estado Leviatán albergaban esperanzas de que la caída en la tributación efectiva sobre el capital obligara a un ajuste en su dimensión. Sin embargo, lejos de ello, los Estados han optado por equilibrar la balanza con el contrapeso que tenían más a mano: los ciudadanos.

De este modo, las asimetrías generadas por la necesidad de adaptarse a los riesgos de la competencia fiscal ponen en peligro la consecución de los principios básicos de justicia tributaria (más bien los entierran) a la par que limitan la capacidad de los Estados soberanos para adoptar decisiones políticas autónomas. Resulta realmente difícil compaginar la configuración de un sistema fiscal competitivo con su empleo como instrumento redistributivo. El principal problema reside en que la pérdida de soberanía de los Estados, propia de su pertenencia a una institución como la UE, no recae en los hombros de ésta, sino que se filtra a través de las grietas del proceso de armonización, nutriendo los beneficios de multinacionales y grandes fortunas, agentes con grandes recursos para exprimir las posibilidades de arbitraje fiscal. Un arbitraje cuyos beneficios supone un caramelo demasiado goloso para los Estados

miembros y que los conduce a incentivarlo con sus propias políticas y con vetos selectivos al avance de la armonización.

Está claro quiénes tienen más peso en la UE para inclinar el balancín hacia su lado. Sin embargo, no olvidemos que, en contraposición, los ciudadanos comunes se elevan más y más sobre el suelo. Arquímedes no falla. Dos mil años después una palanca explica el mundo: *unos abajo y otros arriba*.

En el siguiente capítulo, trataremos de sistematizar las circunstancias en que se desarrollan estas dinámicas de competencia fiscal y los motivos que conducen a una jurisdicción a diseñar determinados elementos de sus sistema fiscal con el objetivo de explotar, en su beneficio, la máxima del *homo economicus*: los particulares y empresas tratarán de maximizar sus beneficios (después de impuestos). Una vez diseñado este marco general en el capítulo segundo, emplearemos los siguientes para examinar con mayor detalle la evolución de los nichos de competencia fiscal en los diferentes sectores de la fiscalidad comunitaria, especialmente en dos que han recibido poca atención doctrinal hasta ahora: la fiscalidad indirecta y la tributación de las personas físicas.

Capítulo segundo

Las condiciones generales de desarrollo de la competencia fiscal en la Unión Europea

“[Political economy] does not treat the whole man’s nature as modified by the social state, nor of the whole conduct of a man in society. It is concerned with him solely as a being who desires to possess wealth, and who is capable of judging of the comparative efficacy of means for obtaining that end. It predicts only such of the phenomena of the social state as take place in consequence of the pursuit of wealth. It makes entire abstraction of every other human passion or motive; except those which may be regarded as perpetually antagonizing principles to the desire of wealth, namely, aversion to labour, and desire of the present enjoyment of costly indulgences”.

John Stuart Mill, Essays on Some Unsettled Questions of Political Economy, 1844, Essay V.38, Chapter 3 – Pasaje que da origen a la expresión del homo economicus

SUMARIO: 1. ENFOQUE DEL CAPÍTULO.- 2. EL PROCESO DE DESARROLLO DE LA COMPETENCIA FISCAL: DEL ARBITRAJE A LA COMPETENCIA FISCAL.- 2.1 El arbitraje fiscal, paso previo a la competencia fiscal entre jurisdicciones. Tres condiciones.- 2.2 Factores que favorecen el desarrollo de la competencia fiscal.- 2.3 La competencia entre sistemas y regímenes.- 2.3.1 La competencia entre sistemas.- 2.3.2 La competencia entre regímenes.- 2.4

Conclusiones. El marco de la competencia fiscal en Europa: hacia una competencia entre sistemas.- 3. LA MOVILIDAD DE LOS FACTORES Y DE LAS BASES IMPONIBLES.- 3.1 La movilidad de los ciudadanos.- 3.1.1 La movilidad del ciudadano – trabajador.- 3.1.2 La movilidad del ciudadano – consumidor.- 3.1.3 La movilidad de las grandes fortunas.- 3.2 La movilidad del capital.-3.2.1 La inversión directa y la inversión en cartera.- 3.2.2 La movilidad de las actividades productivas.- 3.3 Conclusiones: la movilidad condiciona la política tributaria de los Estados miembros.- 4. LOS CRITERIOS DE TRIBUTACIÓN. EL EJERCICIO DEL PODER TRIBUTARIO POR LAS JURISDICCIONES.- 4.1 Dos sistemas fundamentales para gravar las rentas transfronterizas. Principales efectos.- 4.2 La búsqueda de la neutralidad en la tributación del capital.- 4.3 Conclusiones: los problemas para la aplicación del criterio de residencia y la CEN.- 5. LAS DIFERENCIAS DE TRIBUTACIÓN. EL INSUFICIENTE PROCESO DE ARMONIZACIÓN DE LA FISCALIDAD COMUNITARIA.- 5.1 Los conceptos de unificación, armonización y coordinación.- 5.2 La armonización de la fiscalidad indirecta.- 5.3 La armonización de la fiscalidad directa.- 5.3.1 El principio de subsidiariedad y la regla de unanimidad.- 5.3.2 La armonización de la fiscalidad directa hasta 1992.- 5.3.3 La coordinación como solución. Un cambio de paradigma.- 5.3.4 Resultados de la estrategia de coordinación: el “paquete Monti”.- 5.3.5 Las Directivas en materia de fiscalidad directa y la competencia fiscal.- 5.4 Conclusiones: la coordinación como única vía de escape a la unanimidad.- 6. LA ARMONIZACIÓN NEGATIVA: EL PAPEL DEL TJUE EN LA ARMONIZACIÓN DE LA FISCALIDAD DIRECTA.- 6.1 Apuntes preliminares.- 6.2 La diferencia entre discriminación y restricción.- 6.3 La libre circulación de trabajadores y la libertad de establecimiento de trabajadores por cuenta propia.- 6.3.1 La libre circulación de trabajadores en sentido estricto.- 6.3.2 La libertad de circulación de trabajadores en conexión con la libertad de establecimiento. Los impuestos de salida sobre personas físicas.- 6.4 Libertad de establecimiento de las sociedades.- 6.4.1 Apuntes generales.- 6.4.2 Los impuestos de salida en las personas jurídicas.- 6.4.3 Las principales cláusulas antiabuso. Subcapitalización y *Control Foreign Corporations* .- 6.5 Libre prestación de servicios.- 6.6 Libre circulación de capitales.- 7. CONCLUSIONES

1. ENFOQUE DEL CAPÍTULO

El principal objetivo de este capítulo segundo es definir los factores generales que contribuyen al nacimiento de las dinámicas de competencia fiscal en la UE. En los dos capítulos siguientes, en cambio, analizaremos dos campos concretos de la fiscalidad comunitaria (fiscalidad indirecta y tributación de las personas físicas) para identificar la presencia concreta de arbitraje y

competencia fiscal. Finalmente, en el capítulo quinto examinaremos las últimas novedades en relación a los dos instrumentos clásicos de lucha contra la competencia fiscal perjudicial: el Código de Conducta y el régimen de ayudas de Estado. Sin embargo, con carácter previo a este examen por materias, resulta fundamental sistematizar y contextualizar las condiciones generales de desarrollo de la competencia fiscal en la UE.

Siendo coherentes con nuestra concepción de este fenómeno, en las primeras notas de este capítulo segundo vamos a definir brevemente el proceso de desarrollo de la competencia fiscal. Un proceso que parte del ejercicio de arbitraje fiscal por los ciudadanos y las empresas y que desemboca en competencia fiscal cuando, por la concurrencia de diferentes factores, un Estado puede verse beneficiado de encender la mecha de la competencia fiscal entre jurisdicciones.

En el resto del capítulo, desarrollaremos con mayor detalle las tres circunstancias que deben confluir para el desarrollo de este arbitraje fiscal (movilidad de las bases, sistema de tributación y diferencias impositivas), siempre atendiendo a la realidad jurídica y económica de la UE. Solo una vez que hayamos profundizado en la explicación de estos tres factores estaremos en condiciones de abordar en los capítulos siguientes las condiciones concretas en que se han desarrollado las diferentes dinámicas de arbitraje y competencia fiscal en la fiscalidad comunitaria.

2. EL PROCESO DE DESARROLLO DE LA COMPETENCIA FISCAL: DEL ARBITRAJE A LA COMPETENCIA FISCAL

El nacimiento, desarrollo y mantenimiento en el tiempo de cualquier proceso de competencia fiscal, a cualquier nivel de jurisdicción y sobre cualquier factor, está vinculado a la concurrencia de un conjunto de circunstancias económicas y jurídicas. Como indicamos en el primer capítulo, el requisito previo para la existencia de competencia fiscal entre jurisdicciones es

que los ciudadanos y empresas tengan incentivos para explotar las posibilidades de arbitraje fiscal de los sistemas tributarios. Es decir, que adopten estrategias para reducir su factura impositiva y mejorar así su economía personal o su competitividad. Como también advertimos en el primer capítulo¹, admitimos dentro de este concepto de arbitraje fiscal los comportamientos elusivos (al margen de su posterior control por las respectivas medidas antiabuso), mientras que excluimos cualquier práctica de evasión o fraude.

Un proceso de competencia fiscal puede desarrollarse a muy distintas escalas, tanto a nivel local, regional como internacional². Nuestro estudio se circunscribe al análisis de la evolución de estos procesos en la Unión Europea, un marco caracterizado por la interrelación entre jurisdicciones a nivel horizontal, con un poder central de poderes limitados y con escasos recursos propios³.

¹ Véase: apartado 5.3 del capítulo primero, *in fine*.

² De hecho, recordamos que la teoría de la competencia fiscal tuvo su origen en un trabajo de TIEBOUT que partía de la competencia entre municipios en los Estados Unidos. En España, a pesar de no ser un Estado federal, también se han desarrollado algunas dinámicas de competencia fiscal entre las jurisdicciones como resultado del poder tributario de las Comunidades Autónomas e, incluso, de las entidades locales. Aunque existe poca bibliografía en este sentido, destacamos el artículo de MARTOS GARCÍA, J. J., “Financiación autonómica e IRPF: corresponsabilidad tributaria versus competencia fiscal y desigualdad interregional”, *Crónica Tributaria*, nº 136, 2010, págs. 137-168, centrado en la posible competencia fiscal entre CC.AA. a nivel de IRPF y la obra: AA.VV., *Poder tributario y competencia fiscal*, director: Germán Orón Moratal, Instituto de Estudios Riojanos, 2003, en que se analiza el conflicto entre la Rioja y el País Vasco que ha dado origen a varios pronunciamientos de los Tribunales comunitarios en materia de ayudas de Estado. En el ámbito local, son varios los autores que denuncian la competencia fiscal en materia del Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica. Véanse: BALLARÍN ESPUÑA, M. y MACHO PÉREZ, A. B., “La «deslocalización» masiva de vehículos: límites a la elección y al cambio de domicilio en la gestión del impuesto sobre vehículos de tracción mecánica”, en AA.VV., *Problemática de los procedimientos tributarios en las Haciendas Locales*, director: Fernando Serrano Antón, Civitas, Madrid, 2012, págs. 147-166.

³ AUJEAN, M. y LE CACHEUX, J., “Quelles sont les stratégies (offensives ou défensives) des États face à la concurrence fiscale? Concurrence fiscale et stratégies des États”, en AA.VV., *Stratégies fiscales des États et des Entreprises: souveraineté et concurrence*, directores: Michel Aujean y Christian Saint-Étienne, Le Cercle des economists, Descartes & Cie, Paris, 2009, pág. 55.

2.1 El arbitraje fiscal, paso previo a la competencia fiscal entre jurisdicciones. Tres condiciones

Ya en las primeras notas de este trabajo dejamos clara nuestra apuesta por el empleo del término arbitraje fiscal para hacer referencia a la toma de decisiones por particulares y empresas orientada de forma única o fundamental por la diferencias de tributación entre jurisdicciones⁴. En nuestra opinión, estas dos palabras permiten expresar casi a la perfección la racionalidad que subyace tras la competencia fiscal, cuyo origen y funcionamiento dependen en última instancia de la motivación económica tras las decisiones de particulares y empresas, cuyo comportamiento obedece a la lógica del *homo economicus*⁵.

⁴ En la literatura el término anglosajón equivalente, *tax arbitrage*, se emplea en sentidos no idénticos pero sí similares. En el mundo financiero, por ejemplo, la página oficial del NASDAQ nos ofrece esta definición: "Trading that takes advantage of a difference in tax rates or tax systems as the basis for profit". AVI YONAH por su parte emplea el concepto de *tax arbitrage* en un sentido excesivamente agresivo a nuestro modo de ver: conseguir la doble no tributación. Su concepto en concreto es: "transactions that are designed to take advantage of differences between national tax systems to achieve double non-taxation". Véase: AVI YONAH, R. S., "Tax competition, Tax arbitrage, and the International Tax Regime", *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, núm. 73, Michigan Law School, 2007, pág. 33. En un trabajo específico encontramos un concepto similar *cross-border tax arbitrage*, que en palabras de RING significaría: "situation in which a taxpayer or taxpayers rely on conflicts or differences between two countries' tax rules to structure a transaction or entity with the goal of obtaining tax benefits (for example, reduced or no taxation) overall". Véase: RING, D. M., "One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage", *Harvard Public Law, Working Paper* núm 67, 2002, pág. 1. En España, ha sido el profesor ROSEMBUJ el que ha dado mayor predicamento a este término, para el que utiliza la siguiente definición: "El empleo de técnicas que permiten explotar las diferencias en el sistema tributario local o internacional, mediante esquemas deliberados destinados a procurar ventajas fiscales, que de otra forma no se obtendrían, a través de variadas formas e instrumentos". Véase: ROSEMBUJ, T., *El arbitraje fiscal internacional*, El fisco, Barcelona, 2010, pág. 57. Con esta expresión el autor hace referencia a un arbitraje en clara conexión con instrumentos financieros complejos cuyo propósito fundamental es transformar las diferencias de tributación en beneficios financieros. En nuestro trabajo, emplearemos algunos elementos de este concepto aunque los trasladaremos a cualquier ámbito de la fiscalidad.

⁵ Esta opción que hemos adoptado está estrechamente en conexión con la cita con que abrimos este segundo capítulo de STUART MILL. Este párrafo se considera la base del conocido como *homo economicus* u hombre económico, premisa capital de la teoría económica neoclásica conforme a la cual todo agente económico es sustantivamente racional. Es decir, en su persecución de una meta y ante un conjunto de restricciones impuestas por el entorno, el agente económico racional elige el camino que, atendiendo a las restricciones, le depara la mayor utilidad o beneficio. Curiosamente la expresión *homo economicus* no fue acuñada por el propio autor, sino por sus críticos. Véase: RODRÍGUEZ-SICKERT, C., "Homo economicus", en AA.VV., *Handbook of Economics and Ethics*, directores: Jan Pell e Irene van Staveren, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (Reino Unido), 2009, pág. 223. Otros autores, en cambio, hacen

La presencia y alcance de este arbitraje fiscal están vinculados, en principio, a la intensidad con que se manifiesten los dos requisitos básicos para su existencia: diferencias de trato fiscal entre jurisdicciones y fácil movilidad de las bases objeto de gravamen⁶.

En primer lugar, es obvio que deben concurrir diferencias significativas entre los regímenes fiscales de los Estados⁷ para que exista un incentivo, tanto para la localización originaria de bases, como para su traslado desde otra jurisdicción⁸. Estas diferencias tienen su origen en la capacidad para diseñar autónomamente el propio sistema tributario, que varía ostensiblemente entre los diferentes niveles de jurisdicción y está condicionada por la distribución de competencias realizada en cada Estado. El caso de la Unión Europea es especial, ya que un conjunto de Estados soberanos han decidido voluntariamente ceder determinadas competencias, con gran incidencia sobre el ámbito tributario, a un ente supranacional. A lo largo de este capítulo comprobaremos como las principales diferencias entre los Estados miembros tienen su origen en las carencias del proceso armonizador en determinados campos de la fiscalidad comunitaria.

En segundo lugar, es imprescindible que los factores tengan la movilidad suficiente para que resulte económica y jurídicamente sencillo realizar el traslado de jurisdicción. Los Estados, mediante medidas orientadas específicamente a mejorar la competitividad pueden acabar beneficiándose de esta movilidad, tanto en un plano estrictamente fiscal (aumento de las bases

ver que la doctrina se encuentra dividida respecto a los orígenes de este concepto de *homo economicus*. Véase: O'BOYLE, E. J., "The origins of *homo economicus*: a note", *Storia del Pensiero Economico*, Vol. VI, núm. 1, 2009, págs. 195-204.

⁶ Las diferencias impositivas comenzaron a aparecer con el desarrollo de los sistemas fiscales de los Estados sociales en el siglo XX. Sin embargo, hasta los años 80, en que se ha iniciado un fuerte proceso de integración económica a todas las escalas (mejores comunicaciones, liberalización del comercio, eliminación de los controles al capital, etc.) el fenómeno de la competencia fiscal no ha adquirido importancia a nivel político y doctrinal. Véase: GENSCHEL, P. y SCHWARZ, "Tax Competition: a literature review", *Socio-Economic Review*, núm. 9, 2011, pág. 340.

⁷ A partir de ahora empezaremos a emplear el término Estado, por irnos acercando al marco de la competencia fiscal en la Unión Europea. No obstante, la mayoría de las aseveraciones que realicemos en relación a la competencia fiscal son extrapolables, con pequeños matices en función de su contexto, a la competencia entre jurisdicciones de nivel inferior como regiones o entes locales.

⁸ De hecho, este incentivo generalmente deberá ser mayor si nos encontramos ante un traslado que ante una localización originaria ya que en la decisión de traslado el incentivo debe compensar los costes asociados al mismo.

sujetas a tributación), como desde un punto de vista económico o social (creación de empleo, incremento de la inversión, aumento del turismo etc.). No obstante, ni estas medidas están siempre orientadas específicamente a atraer bases foráneas (en ocasiones son simples medidas defensivas o responden a una lógica interna de coherencia del sistema), ni todos los Estados resultarán beneficiados del juego de la competencia⁹.

En las últimas décadas, tanto la globalización como fenómeno internacional, como el proceso de integración económica y monetaria a nivel europeo, han reducido ostensiblemente las barreras jurídicas, económicas y tecnológicas, contribuyendo a incrementar la movilidad de empresas, ciudadanos y capitales¹⁰. Esta movilidad se traduce en más posibilidades de arbitraje fiscal para estos agentes y, por tanto, en más incentivos de los Estados para atraerlos.

Por último, existe un tercer factor adicional para la existencia de competencia fiscal en el ámbito internacional que aún no habíamos valorado: la determinación del sistema de gravamen de los flujos transfronterizos, bien en el Estado de origen o de la fuente, bien el Estado de residencia o de destino. Esta decisión está estrechamente ligada a la consecución de la neutralidad fiscal y puede impedir el nacimiento de dinámicas de competencia fiscal aunque existan diferencias de tributación entre los Estados que incidan sobre factores móviles¹¹.

⁹ Las teorías expuestas en el capítulo anterior plantean en muchos casos que la competencia fiscal no es siquiera un juego de suma cero, sino que la pérdida para los Estados perjudicados supera con creces los beneficios para los Estados beneficiados por la competencia fiscal, principalmente como consecuencia de que las bases son gravadas globalmente a tipos medios inferiores. En función de la visión que tengamos del Estado, la reducción de tamaño a que puede abocar esta pérdida global de ingresos se valorará como una consecuencia positiva o negativa de la competencia fiscal. En relación a la posición de los Estados miembros, TIKKA reconoce que Finlandia adopta una posición netamente defensiva en este juego. Véase: TIKKA, K. S., "National Report Finland", en AA.VV., *Tax Competition in Europe*, coordinador: Wolfgang Schön, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 2003, pág. 227. Por el contrario, STEICHEN, reconoce que Luxemburgo debe adoptar una posición mucho más activa para "equalize the playing field between countries of different sizes". Véase: STEICHEN, A., "National Report Luxembourg", en AA.VV., *Tax Competition in Europe*, coordinador: Wolfgang Schön, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 2003, págs. 325-327.

¹⁰ LAMPREAVE VÁZQUEZ, P., *La Competencia Fiscal Desleal en los Estados Miembros de la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 42.

¹¹ Como indica GENSCHEL, las posibilidades de *tax arbitrage* no están vinculadas directamente a la movilidad transnacional de los factores, sino que depende principalmente de lo que califica

Dado que concebimos el arbitraje fiscal como la piedra angular de la existencia de competencia fiscal, vamos a profundizar a continuación en los parámetros para su desarrollo. En especial, centraremos nuestra atención en valorar la presencia de estos tres parámetros en la UE: diferencias de tributación, movilidad de las bases y sistema o principios de tributación.

Antes de este análisis, vamos a exponer con carácter general algunas de las condiciones que pueden originar el nacimiento de una dinámica de competencia fiscal entre jurisdicciones una vez presentes las posibilidades de arbitraje fiscal para los agentes. No obstante, no debemos olvidar que el propio arbitraje fiscal puede nacer porque los Estados, en su afán por embarcarse en dinámicas de competencia fiscal, creen las condiciones para su aparición.

2.2 Factores que favorecen el desarrollo de la competencia fiscal

Las posibilidades de arbitraje fiscal son *conditio sine qua non* para la existencia de un proceso de competencia fiscal. No se concibe que los Estados adopten un conjunto de medidas orientadas a atraer determinadas bases imponibles si los titulares de las mismas, bien no encuentran incentivos económicos a este traslado, bien este les resulta jurídicamente imposible o especialmente gravoso.

No obstante, es difícil determinar *qué fue antes, si el huevo o la gallina*. Es decir, a veces el arbitraje fiscal nace porque los Estados favorecen su aparición para poder beneficiarse del mismo. En este apartado hemos identificado una serie de factores que incentivan que los Estados participen en procesos de competencia fiscal, en ocasiones creando las condiciones (generalmente fomentando las disparidades normativas) para la proliferación del arbitraje fiscal. Vamos a exponer algunos de ellos, aunque como indicamos

como "legal framework of taxation". GENSCHER, P. y SCHWARZ, "Tax Competition: a literature review", *op. cit.*, pág. 341.

anteriormente, en los capítulos siguientes observaremos la presencia de estos elementos en los diferentes campos de la fiscalidad comunitaria.

a) *Mediante una determinada medida un Estado puede ampliar de modo exponencial las bases imponibles sometidas a su poder tributario y, de este modo, incrementar su recaudación.*

Esta situación se hace realidad especialmente en los Estados de menor tamaño o de poca población. Confirmando las conclusiones de teorías económicas expuestas anteriormente, los Estados pequeños tienen mayores incentivos para atraer bases procedentes del arbitraje fiscal porque de este modo pueden compensar el escaso volumen de sus bases internas¹². Un claro ejemplo en la UE es Luxemburgo, uno de los Estados miembros que históricamente ha estado más activo en el ámbito de la competencia fiscal¹³. De hecho, merced a sus menores impuestos especiales, por ejemplo, las ventas *per cápita* de combustible o de cigarrillos en territorio del ducado multiplican por 8 el de la media comunitaria¹⁴.

¹² AUJEAN, M. y LE CACHEUX, J., “Quelles sont les stratégies (offensives ou défensives) des États face à la concurrence fiscale? Concurrence fiscale et stratégies des États”, *op. cit.*, págs. 56-57.

¹³ Entre los NEM podemos destacar también dos de reducido tamaño como Malta o Chipre. Dentro del territorio europeo y fuera de la UE encontramos también numerosos ejemplos: Liechtenstein, Mónaco, las islas del Canal (Guernsey y Jersey) o la Isla de Man.

¹⁴ Las cifras no dejan lugar a duda. En el ámbito de los impuestos especiales sobre las labores del tabaco, Luxemburgo tiene tipos inferiores a todos sus Estados vecinos (Francia, Alemania y Bélgica). Esto le sirvió para recaudar por este concepto 406 millones de euros en 2011, nada menos que 797 euros por habitante. En cambio, Bélgica o Austria, por ejemplo, con niveles de impuestos ligeramente superiores, recaudaron apenas 138 euros y 183 euros por habitante respectivamente. Datos provenientes de: *Excise Duty Tables- Tax receipts. Manufactured Tobacco*, Julio 2012, Comisión Europea. En relación a los combustibles, según datos del Banco Mundial cuya última actualización se produjo en 2009, el consumo *per cápita* de diesel en Luxemburgo (en kg equivalente en petróleo) fue de 3.190 kg. El segundo Estado de la UE es Bélgica con 657 kg, apenas una quinta parte. La comparación es aún más bochornosa si lo comparamos con la media de la Unión Europea, casi la mitad que Bélgica, solo 372,5 kg. Véase: Banco Mundial, *Consumo de diésel del sector vial per cápita (kg de equivalente de petróleo)*, 2009.

b) Los Estados pueden obtener beneficios adicionales a pesar de reducir su recaudación.

Un Estado puede obtener otros beneficios de la atracción de bases que puedan compensar incluso una posible caída en la recaudación derivada de la reducción de tipos en algunos tributos determinados. De este modo, un Estado puede aceptar una reducción en su recaudación en concepto de impuesto sobre sociedades como consecuencia de una reducción del tipo de gravamen, ya que podrá ser compensada, por ejemplo, con un incremento del empleo fruto de la atracción de nuevas empresas productivas (que a su vez también podría incrementar las cotizaciones sociales). Un claro ejemplo de esta situación es el caso de Irlanda. El gran volumen de empresas atraídas por su bajo tipo estatutario del impuesto sobre sociedades (12,5%), aparte de que incluso puede haber aumentado su recaudación en términos netos, aporta un conjunto de sinergias al conjunto de la economía irlandesa de un valor incalculable.

Con esto queremos advertir que los Estados no atenderán exclusivamente a intereses recaudatorios cuando planteen una dinámica de competencia fiscal. Por tanto, deberemos permanecer atentos para identificar la posible concurrencia de otros objetivos detrás de algunas medidas de los Estados miembros que puedan justificar comportamientos ineficientes desde un punto de vista recaudatorio.

c) Los Estados pueden aislar su economía interna de los efectos de una determinada medida, orientada únicamente a atraer bases foráneas.

Si un Estado consigue que un determinado régimen, especialmente ventajoso desde un punto de vista fiscal, se aplique únicamente a las rentas foráneas no tendrá el riesgo de perder recaudación de sus bases nacionales; la participación en una dinámica de competencia fiscal no tendría de este modo ningún coste interno. Este sistema conocido como *ring-fencing* impide a los residentes acceder a las mismas ventajas y regímenes que disfrutaban los no

residentes. Tanto a nivel de la OCDE como de la UE, este tipo de medidas han sido señaladas como perniciosas cuando se han orientado a la atracción de capital foráneo, hecho que ha contribuido a su progresivo desmantelamiento¹⁵. Uno de los mejores ejemplos de este tipo de medidas eran las conocidas como sociedades exentas gibraltareñas, libres de tributación sobre los beneficios durante 25 años pero que no podían realizar actividades en territorio de Gibraltar¹⁶.

d) Los Estados pueden beneficiarse de la adopción de actitudes no cooperativas, abocando a los demás a interactuar en un entorno no cooperativo.

La competencia fiscal tiene su germen en una actitud no cooperativa de las jurisdicciones implicadas¹⁷. Existen determinados Estados que, por los

¹⁵ *Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas*. Conclusiones del Consejo ECOFIN de 1 de diciembre de 1997 sobre política fiscal. DOCE C 2, de 6 de enero de 1998, letra B, puntos 1) y 2), pág. 3. El documento de la OCDE: *Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue*, París, 1998, pág. 26, cataloga como pernicioso este tipo de medida porque: “protects the sponsoring country from the harmful effects of its own incentive regime, that regime will have an adverse impact only on foreign tax bases. Thus, the country offering the regime may bear little or none of the financial burden of its own preferential tax legislation. Similarly, taxpayers within the regime may benefit from the infrastructure of the country providing the preferential regime without bearing the cost incurred to provide that infrastructure”.

¹⁶ En su detallado análisis de este régimen, HERNÁNDEZ GUERRERO y MARTÍN JIMÉNEZ, aclaran que estas sociedades, si cumplían con un conjunto de requisitos, estaban exentas del impuesto sobre los beneficios (por entonces del 35%) y únicamente debían hacer frente a un cánón anual de entre 200 y 300 libras. Véase: HERNÁNDEZ GUERRERO, V. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., “El derecho tributario de Gibraltar desde la óptica española y de la Unión Europea”, en AA.VV., *Gibraltar 300 años*, coordinadores: José Alejandro del Valle Gálvez e Inmaculada González García, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2004, pág. 257. El intento de modificar este régimen en 2002 por un sistema en el que no existiera esta clara selectividad no tuvo éxito. La Comisión, a través de su *Decisión 2005/261/CE de la Comisión, de 30 de marzo de 2004*, declaró contrario al régimen de ayudas de Estado el nuevo sistema basado en la tributación por número de trabajadores y superficie ocupada, al considerarlo selectivo porque beneficiaba especialmente a las sociedades extraterritoriales. Aunque esta Decisión fue anulada por la STJUE de 18 de diciembre de 2008, *Government of Gibraltar y Reino Unido/Comisión*, asuntos T-211/04 y T-215/04. El recurso de la Comisión y de España ante esta sentencia ha llevado al TJUE a confirmar la Decisión originaria en la STJUE de 15 de noviembre de 2011, *Gibraltar*, asuntos acumulados C-106/09 y C-107/09. Para un análisis detallado del proceso previo a la última sentencia del TJUE, véase: MANZANO SILVA, E., “La adecuación del régimen tributario gibraltareño a las normas comunitarias sobre ayudas de estado a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria”, *Nueva fiscalidad*, núm. 3, Mayo 2009, págs. 135-177.

¹⁷ En palabras de DOS SANTOS: “la concurrence fiscale, par définition, signifie non coopération («chacun pour soi»)”. DOS SANTOS, A. C., *L'Union européenne et la regulation de la concurrence fiscale*, Bruylant, París, pág. 52.

motivos expuestos en apartados anteriores (aislamiento geográfico, déficit de infraestructuras, etc.), se pueden beneficiar en términos netos de actitudes no cooperativas con otros Estados.

En este sentido, resulta interesante traer a colación la posición de la OCDE en su informe de 1998 *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*. En este documento se recogía incluso un *reputation test* para calificar a una jurisdicción como paraíso fiscal¹⁸. En pocas palabras, si la propia jurisdicción se vanagloriaba de su propia actitud no cooperativa esta tenía todas las papeletas para ser calificada como paraíso fiscal. Posteriormente, tras el cambio de postura de Estados Unidos¹⁹, este debate se ha centrado en una cooperación más objetiva: la transparencia y el intercambio de información.

La falta de cooperación por parte de algunas jurisdicciones incita a las demás a adoptar, tanto un conjunto de medidas defensivas aplicadas con carácter general (normativa de precios de transferencia, de transparencia fiscal internacional, impuestos de salida, límites a la subcapitalización, etc.) como a excluir del acceso a los CDI y a otros beneficios a las operaciones realizadas desde determinadas jurisdicciones catalogadas como paraísos fiscales. A lo largo de este trabajo deberemos examinar en ocasiones el difícil encaje de estas medidas con el Derecho comunitario, construido sobre la base del principio de no discriminación y de las libertades fundamentales.

¹⁸ Véase: OCDE: *Harmful Tax Competition. An emerging Global Issue*, op. cit., pág. 22. par. 51: “a good indicator that a country is playing a role of a tax haven is where the country or territory offers itself or is generally recognised as a tax haven”. Este concepto tiene su origen en el documento de la OCDE *International Tax Avoidance and Evasion*, de 30 de abril de 1987. El Informe de 1998 lo adoptó inicialmente como parámetro fundamental para la identificación de un paraíso fiscal.

¹⁹ Hasta el año 2000 los trabajos se habían desarrollado con el apoyo de la Administración Clinton. sin embargo, la victoria de George W. Bush en las elecciones presidenciales del año 2000 supuso un giro de 180º en la postura de Estados Unidos en relación a los avances en el seno de la OCDE. Este cambio se plasmó en mayo de 2001, apenas dos meses antes de la primera lista negra de paraísos fiscales no cooperativos, en un comunicado oficial de prensa del nuevo secretario del Tesoro (Véase: “Treasury secretary O’neill Statement on OECD Tax Havens”, *US Treasury Department Press Release*, 10 de mayo de 2001) en que manifestaba su disconformidad con la excesiva intromisión de los trabajos de la OCDE en la soberanía fiscal de los Estados. De este modo, condicionó el apoyo de Estados Unidos a que la calificación de paraísos fiscales se centrara únicamente en los criterios de transparencia e intercambio de información y no, por ejemplo, en la existencia de una baja tributación.

2.3 La competencia entre sistemas y regímenes

El arbitraje fiscal nace porque existen diferencias sensibles en la tributación de algunos hechos imponible entre los Estados que pueden llegar a alentar a los agentes al traslado de bases entre ellos²⁰. Al configurar sus sistemas tributarios los Estados crean voluntaria o involuntariamente diferencias respecto a otras jurisdicciones que provocan, inevitablemente, una competencia por las bases más móviles desde el momento en que los agentes adoptan racionalmente sus decisiones económicas.

Las diferencias pueden derivarse tanto de los que consideramos elementos *macro* del sistema, como la presión fiscal global, el *tax mix*, los tipos estatutarios o el nivel de transparencia y control administrativo; como de los regímenes concretos que regulan cada operación, cada hecho imponible.

Esta concepción dual de la competencia fiscal la tomamos en parte de los trabajos desarrollados en el seno de la OCDE e iniciados en 1998 con el célebre informe *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*. Este trabajo parte de una concepción dual de la competencia fiscal perjudicial, al entender que esta puede tener su origen, bien en la existencia de paraísos fiscales, que fijan un gravamen nulo o testimonial sobre las rentas a la par que limitan la transparencia e intercambio de información; bien en la creación de regímenes preferenciales, que constituyen una práctica de competencia fiscal perjudicial excepcional, sólo para determinadas rentas, dentro de un sistema de presión fiscal elevado. Una diferencia muy importante entre ambas categorías

²⁰ LUPI emplea el concepto “*asimmetria impositiva*” para hacer referencia, no ya a las diferencias de tipos entre Estados, sino a los distintos modos de calificar o aplicar temporalmente una regla o al propio trato diferencial entre residentes y no residentes; que acabarán beneficiando a los grandes contribuyentes. Como advierte: “In senso ampio queste asimmetrie, talvolta strutturali, e talaltra fortuite, caratterizzano l’attività di pianificazione fiscale, consistente nella ricerca del tempo, luogo e della modalità più conveniente in cui allocare i flussi di ricavo e di costo della fiscalità finanziaria e delle imprese”. Por ello, aunque estas asimetrías puedan ser un “fenómeno «neutro», astrattamente bidirezionale, tanto vantaggioso quanto penalizzanti. È ragionevole però pensare che contribuenti di grandi dimensioni profitino delle asimmetrie vantaggiose, ed evitino quelle penalizzanti.” Véase: LUPI, R., “Concorrenza tra ordinamenti, Comunità europee e prelievo tributario”, en AA.VV., *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di: Andrea Zoppini, Editori Laterza, Roma-Bari, 2004, págs. 176-180.

es la diferente predisposición de los Estados señalados por estas prácticas. Mientras que los paraísos fiscales se oponen a cualquier cooperación para paliar la innegable *race to the bottom* que vivimos en relación a las rentas móviles, pues constituye su principal sustento económico; los Estados con regímenes tributarios preferenciales se encuentran igualmente expuestos a la competencia fiscal perjudicial y son más proclives a aceptar medidas coordinadas siempre que se desarrollen estrategias comunes²¹.

De este modo, podríamos identificar la competencia de los paraísos fiscales con la competencia entre sistemas y, obviamente, la competencia a través de regímenes preferenciales con la competencia entre regímenes. No obstante, echamos en falta en esta concepción de la OCDE que no incluya en ninguno de ambos conceptos la posible competencia ejercida a través de sistemas generales de baja tributación centrados en las rentas más móviles. Una categoría que nosotros encuadramos dentro de la competencia entre sistemas²².

2.3.1 La competencia entre sistemas

En principio, la doctrina respalda que la configuración del sistema fiscal de cada Estado, en lo que concierne a estos elementos *macro*, entra dentro del amplio espectro de su soberanía en el ámbito de la imposición directa. En cambio, en materia de imposición indirecta la armonización comunitaria ha

²¹ Véase: OCDE: *Harmful Tax Competition. An emerging Global Issue*, op. cit. pág. 20, par. 43.

²² MARTÍN LÓPEZ muestra su descontento por esta opción al considerarla “absolutamente reprochable, en tanto con la misma parece obviarse que aquellos países con una fiscalidad elevada – y cabría añadir, con una amplia oferta de servicios y prestaciones públicas – que, a su vez, establecen una tributación específicamente minorada para aquellos rendimientos dimanantes de inversiones y actividades económicas móviles, se erigen en las jurisdicciones más atractivas para la localización de estas últimas, pudiendo igualmente, en consecuencia, erosionar las bases imponible pertenecientes a otros Estados y producir idénticos efectos nocivos que los anudados a los paraísos fiscales o a los regímenes tributarios preferenciales perniciosos”. Véase: MARTÍN LÓPEZ, J., *Competencia fiscal perjudicial y Ayudas de Estado en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 84. En nuestra opinión, es posible que en el año 1998 esta forma de competencia fuera un “mal menor”. En la actualidad, sin embargo, fruto del propio éxito de los trabajos en el seno de la OCDE y de la Unión Europea, los regímenes generales constituyen la principal piedra en el camino para la edificación, en el caso de Europa, de un mercado único sin distorsiones fiscales.

limitado esta autonomía casi únicamente a la fijación de los tipos de gravamen²³. No obstante, existen importantes diferencias dentro de este ejercicio de soberanía en función de los elementos del sistema abordados. En nuestro caso consideramos la presencia de tres categorías de elementos *macro*:

- a) Los grandes números y principios del sistema (presión fiscal, progresividad, *tax-mix*, corrección de la doble imposición, etc.);
- b) Los tipos estatutarios;
- c) El grado de control administrativo interno y externo (transparencia, intercambio de información, etc.)

Respecto a las dos primeras, es inevitable el debate en torno a la difícil convivencia de economías con elevada presión fiscal y un alto nivel de servicios públicos con otras que ofrecen un clima fiscal más benevolente a cambio de menores prestaciones. Sin embargo, este debate, mientras exista tributación efectiva y no discriminación entre fuentes nacionales y extranjeras, únicamente tendrá un contenido político o ideológico²⁴. De hecho, este equilibrio entre la presión fiscal y los servicios públicos explica por qué los ciudadanos y empresas no se trasladen en masa a jurisdicciones de menor tributación e, incluso, por qué Estados con una elevada presión fiscal siguen siendo focos atractivos de localización²⁵. Como veremos en varios puntos de

²³ En palabras de ÁLVAREZ GARCÍA y otros: "Parece lógico considerar que los distintos Estados deben tener autonomía para decidir cuestiones tales como el nivel de presión fiscal, el grado de redistribución de la renta o la progresividad que deben tener en el Impuesto sobre la Renta". Véase: ÁLVAREZ GARCÍA, S., FERNÁNDEZ DE SOTO BLASS, M. L. y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A. I., "La fiscalidad del ahorro en la Unión Europea: entre la armonización fiscal y la competencia de los sistemas tributarios nacionales, *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 15, 2003, pág. 17. Véase también: CAAMAÑO ANIDO, M. A., *Constitución europea y poder tributario, un nuevo reparto de la soberanía fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 31.

²⁴ La asimetría en el trato a las bases más móviles puede ser reprochable por los efectos sobre principios tributarios como la progresividad, la capacidad contributiva o incluso sobre el empleo; sin embargo, son aspectos que en la UE pertenecen al espectro de decisiones soberanas de cada Estado.

²⁵ Al margen de que configuren regímenes especiales como los de impatriados para atraer mano de obra extranjera o esquemas de tributación de las rentas transfronterizas que puedan

este trabajo, la UE apenas tiene instrumentos para incidir sobre estos campos de la soberanía estatal.

El tercer aspecto, sin embargo, sí ha sido objeto de avances y propuestas concretas en el ámbito internacional. Aparte de la UE, las economías más desarrolladas, representadas en la OCDE o el G-20, luchan fervientemente contra la competencia ejercida por los paraísos fiscales, sistemas soberanos caracterizados por la falta de transparencia y la ausencia de intercambio de información²⁶. Estas jurisdicciones atraen los flujos de capital ofreciendo niveles ínfimos de tributación y opacidad en detrimento de principios tributarios tan básicos como el de renta mundial.

Al margen de estos paraísos fiscales, que ejercen una competencia entre sistemas totalmente reprochable, en el ámbito internacional se constata la existencia de una cierta *homogeneidad estructural* entre los sistemas fiscales de los Estados desarrollados²⁷. En principio, esta homogeneidad debería incluso acentuarse en la Unión Europea ante la apreciable armonización de la

favorecer la localización del capital (por ejemplo, eliminando la retención en la fuente sobre los dividendos abonados a no residentes).

²⁶ Los trabajos de la OCDE en la lucha contra la competencia fiscal y los paraísos fiscales no han podido ser objeto de un estudio pormenorizado en este trabajo por motivos sistemáticos y de espacio. No obstante, queremos dejar señalado que su compromiso de lucha contra los paraísos fiscales se materializó en una lista en que señalaba a 45 Estados y territorios. En mayo de 2009 ya ninguno de ellos aparecía en la lista negra. Paralelamente, el G-20 en su reunión de 2 de abril de 2009 publicó una declaración de intenciones en la que los Estados se comprometían a: "Tomar medidas contra las jurisdicciones no cooperativas, incluidos los paraísos fiscales" y se mostraban dispuestos "a desplegar sanciones para proteger nuestras finanzas públicas y nuestros sistemas financieros. La era del secreto bancario se ha acabado" (punto 15). Sin embargo, la salida de la lista negra de paraísos fiscales de la OCDE únicamente exigía la firma de 12 acuerdos de intercambio de información. Con un número tan reducido, muchos potenciales paraísos los han firmado entre ellos. Como advierten SHAXSON Y CHRISTENSEN en un artículo del *Financial Times*, realmente son los Estados en desarrollo los más perjudicados por la pervivencia del secreto bancario. Por ello, sería necesario un paquete de medidas para combatir de manera eficiente estos paraísos, entre las que sugieren exigir un número mínimo de 60 acuerdos de intercambio de información para acceder a la "white list", implantar sistemas de intercambio de información automáticos y una mayor publicidad de los titulares y beneficiarios de empresas y *trusts*. Véase: SHAXSON, N. y CHRISTENSEN, J., "Time to black-list the tax haven whitewash", *The Financial Times*, 4 de abril de 2011. En opinión de CALVO ORTEGA, "Si el paraíso fiscal tiene soberanía plena o limitada por su relación con otro Estado soberano podrá actuarse en la vía política buscando un acuerdo al amparo de los instrumentos y modelos que tiene establecidos la OCDE (...) Si, por el contrario, el paraíso fiscal no tiene soberanía fiscal (ni propia ni limitada) y funciona en un régimen de autorización administrativa, de tolerancia o simplemente de mantenimiento de una tradición, habrá lógicamente que actuar sobre el Estado titular de la soberanía. CALVO ORTEGA, R. "La hora de los paraísos fiscales", *Nueva Fiscalidad*, núm. 2, 2009, págs. 20-21.

²⁷ LUPU, R., "Concorrenza tra ordinamenti, Comunità europee e prelievo tributario", *op. cit.*, págs. 174-176.

imposición indirecta y el progresivo acercamiento de la fiscalidad directa. Sin embargo, la ampliación de la Unión al Este de Europa ha puesto de manifiesto importantes diferencias entre los sistemas fiscales de los Estados miembros, eso sí, concentrados ya principalmente en los dos primeros elementos del sistema fiscal²⁸.

En primer lugar, se observa una menor presión fiscal global en los NEM, ligada generalmente a un menor desarrollo del Estado del Bienestar²⁹. Además, la composición de su *tax mix* descansa mucho más sobre los impuestos indirectos que sobre los directos, observándose a la vez una menor progresividad en el impuesto sobre la renta, justificada por la implantación casi generalizada de sistemas de *flat-tax*, con un único tramo de tributación³⁰. No obstante, ha sido la diferencia en los tipos estatutarios del impuesto sobre sociedades la que ha despertado más recelos³¹. La siguiente tabla es esclarecedora, al corroborar como los nuevos Estados miembros mantienen

²⁸ BARYSCH cuestiona el carácter perjudicial de la competencia derivada de la ampliación al Este de Europa con tres argumentos. En primer lugar, advierte que este miedo únicamente tiene en cuenta los tipos estatutarios, sin apreciar la necesaria armonización de bases y los bajos tipos efectivos reales de Estados como Francia o Alemania. En segundo lugar, aprecia que existen más factores además del fiscal que han influido en la localización de inversiones en estos Estados. Por último, advierte acertadamente que estas bajadas de tipos no tienen carácter discriminatorio y, por tanto, no pueden ser atacadas con los instrumentos de la Unión. Véase: BARYSCH, K., "Is Tax Competition in the European Union Bad?", *Tax Notes International*, Vol. 35, núm. 12, 2004, págs. 1073-1074.

²⁹ Dentro de la Unión, por ejemplo, la presión fiscal oscila entre el 47,6% de Dinamarca y el 27,1% de Lituania, con varios Estados por encima del 40% (Finlandia, Suecia, Francia, Bélgica, Italia, o Austria), la mayoría entre el 30% y el 40% y algunas excepciones por debajo del 30%, principalmente países del Este de Europa (Bulgaria, Rumanía, Letonia o Eslovaquia pero también el sorprendente caso de Irlanda). No obstante, hay que tener en cuenta que estas diferencias no solo están causadas por el tamaño del Estado del Bienestar, sino que también recogen factores técnicos como la forma de suministrar servicios, ya que existen Estados que optan por ofrecer asistencia social a través de reducciones impositivas más que a través de servicios públicos directos. La inclusión dentro del PIB de una estimación de la economía sumergida también reduce el dato de presión fiscal. Del mismo modo, los Estados que han sufrido una mayor recesión en los últimos periodos, hecho que ha afectado a su recaudación, ofrecen cifras relativamente bajas de presión fiscal respecto a ejercicios precedentes. Fuente: *Taxation Trends in the European Union – 2012 Edition*, Taxation and Customs Union, Eurostats, págs. 20 y ss. y 180.

³⁰ GANDULLIA, L. "Tax systems and reforms in EU new member countries: and overview", *Società italiana di Economia Pubblica*, Working Paper núm. 317, Abril, 2004, pág. 1. Entre los Estados miembros que tienen ahora mismo vigentes este sistema en el impuesto sobre la renta están: Bulgaria, República Checa, Estonia, Letonia, Lituania, Hungría y Rumanía. Eslovaquia volverá al sistema progresivo en el año 2013.

³¹ El caso extremo sería el de Estonia, en el que existe una exención total en el impuesto sobre sociedades de los beneficios no distribuidos. Véase: GANDULLIA, L. "Tax systems and reforms in EU new member countries: and overview", *op. cit.*, pág. 2.

sistemáticamente tipos estatutarios en el impuesto sobre sociedades más bajos que los Estados de la UE-15. Las únicas dos excepciones son los casos de Irlanda y Malta.

Tabla 1- Tipo estatutario del impuesto sobre sociedades

30 de abril 2012.

Nuevos Estados miembros				UE- 15			
BG	10.0	MT	35.0	BE	34.0	LU	28.8
CZ	15.0	HU	20.6	DK	25.0	NL	25.0
EE	21.0	PL	19.0	DE	29.8	AT	25.0
CY	10.0	RO	16.0	EL	30.0	PT	31.5
LV	15.0	SI	20.0	ES	30.0	FI	24.5
LT	15.0	SK	19.0	FR	36.1	SE	26.3
				IT	31.4	UK	24.0
				IE	12.5		

Fuente: Eurostat

En opinión de DI PIETRO, este *gap* tiene su razón de ser en el diferente rol del impuesto en los Estados miembros. Los Estados de tradición más antigua han mantenido el carácter sistemático de la imposición societaria, sosteniendo su equilibrio con la tributación de socios y particulares y conservando intacta su contribución a las finanzas públicas³². En cambio, los Estados de nueva incorporación han adoptado una visión competitiva del

³² Hay que admitir, eso sí, que en los últimos años la crisis económica ha provocado en este impuesto una caída de recaudación muy significativa entre los Estados miembros que puede camuflar este efecto. Por ejemplo, en España la recaudación en concepto de IS ha pasado a representar del 12,8% de toda la recaudación tributaria en 2007 a apenas el 5,8% en 2010. La caída ha afectado realmente a todos los Estados miembros, tanto de la UE-15 como de los NEM, con una caída en la representatividad del IS de más de 2%. Véase: *Taxation Trends in the European Union 2012*, op. cit., pág. 199.

impuesto, menos constreñidos por su aún emergente Estado del Bienestar y más preocupados por compensar las deficiencias estructurales de sus economías³³.

En principio, gran parte de estas diferencias con los NEM parece que pueden justificarse en una serie de parámetros históricos³⁴. Muy diferente resulta en cambio el caso de Irlanda. El montante de inversiones que atrajo su bajo tipo en el impuesto sobre sociedades (12,5%) contribuyó, sin duda, a que llegara a ser conocido como el *celtic tiger* por sus fantásticas cifras de crecimiento en el comienzo del nuevo milenio³⁵. Aunque la economía irlandesa ha tenido que ser rescatada ante el colapso de su deuda pública, sus gobernantes han considerado una línea roja el mantenimiento de este tipo tan favorable³⁶.

³³ DI PIETRO, A., "La debolezza dell'armonizzazione e la forza della competizione nella tassazione delle società in Europa", en AA.VV., *Unión Europea. Armonización y coordinación fiscal tras el Tratado de Lisboa*, director: Javier Lasarte Álvarez, coordinadores Francisco Adame Martínez y Jesús Ramos Prieto, Universidad Pablo de Olavide, Scuola Europea di Alti Studi Tributari, Sevilla, 2011, pág. 73. Estos tipos más bajos en las nuevas economías del Este, como indican DEVEREUX y LORETZ, parecen estar en la línea expuesta por la nueva economía geográfica. El núcleo (los Estados de la UE-15) gozarían de rentas de localización que obligaría a la periferia a crear un sistema fiscal más atractivo que compensen este déficit. Véase: DEVEREUX, M. P. y LORETZ, S., "Qu'est-ce la concurrence fiscale et comment se manifeste-t-elle?", en AA.VV., *Stratégies fiscales des États et des Entreprises: souveraineté et concurrence*, directores: Michel Aujean y Christian Saint-Étienne, Le Cercle des economists, Descartes & Cie, Paris, 2009, págs. 25-26.

³⁴ DOS SANTOS, A. C., "L'Union européenne...", *op. cit.*, pág. 45.

³⁵ "The luck of the Irish", *The Economist*, 14 de octubre 2004. En realidad, Irlanda tuvo vigente un tipo del 10% aplicable, por ejemplo, a las sociedades industriales hasta que la Comisión Europea denunció este régimen por considerarlo ayuda de estado incompatible con el Tratado de Roma por su carácter selectivo. La respuesta del gobierno irlandés fue la aprobación de un tipo general del 12,5% para todas las empresas.

³⁶ El caso de Irlanda es especialmente significativo porque ha sido uno de los Estados rescatados a través del EFSM (Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera) y del EFSF (Servicio Europeo de Estabilidad Financiera). Sin embargo, a pesar de las presiones del eje franco-alemán para un mayor acercamiento de tipos, el Estado irlandés ha mantenido en todo momento que el tipo del 12,5% en el impuesto sobre sociedades constituía una línea roja de cualquier negociación para reducir el déficit. Así lo ha asegurado en reiteradas ocasiones su primer ministro Enda Kenny. Véase: "Kenny insists corporation tax rate not up for debate", *Irish Independent*, 17 de mayo 2012. En el mismo sentido: "Irlanda sitúa las ventajas fiscales como 'línea roja' de la negociación", *El País*, 20 de noviembre 2010. Para una explicación de las causas de la crisis irlandesa véase: "Ireland crash. After the race", *The Economist*, 17 de febrero de 2011. El trabajo de AYALA, en cambio, realiza un análisis político del proceso de rescate a Grecia e Irlanda. AYALA, J. E., "Carta de Europa: La recurrente crisis del euro y las reticencias de Alemania", *Política exterior*, Vol. 25, núm. extra 139, 2011, págs. 16-22. En una situación similar se encuentra Chipre, Estado con el tipo estatutario del impuesto sobre sociedades más bajo de toda la UE (10%) y que también ha solicitado la ayuda del Mecanismo Europeo de Estabilidad. Véase: "Chipre no aceptará aumentar su impuesto de sociedades aunque la UE se lo pida", *Invertia*, 6 de julio de 2012.

Como veremos posteriormente al profundizar en el marco comunitario, la Unión carece de instrumentos coercitivos para frenar una competencia fiscal entre sistemas a este nivel, ya que estas diferencias traen causa directa de los espacios de soberanía estipulados en los Tratados. No obstante, el cumplimiento de los estándares mínimos de transparencia y cumplimiento administrativo en los Estados miembros ha limitado las posibilidades de la competencia entre sistemas³⁷. De hecho, la competencia a través de este tercer factor se ha restringido tanto que en la UE se confunden la competencia entre sistemas con la competencia a través de medidas generales, al ser estas casi las únicas medidas disponibles. En adelante, aunque podamos llegar a usar ambos términos indistintamente, hay que advertir que lo hacemos estrictamente dentro del contexto comunitario en el que la transparencia y el intercambio de información contribuyen a un escenario de competencia fiscal más leal entre los Estados miembros.

2.3.2 La competencia entre regímenes

Una de las principales conclusiones del capítulo primero era que la competencia fiscal en la Unión Europea es inevitable si tenemos en cuenta la gran interacción entre los Estados miembros y las múltiples posibilidades de arbitraje fiscal para ciudadanos y empresas. Todos los Estados miembros se encuentran de este modo inmersos en una situación permanente de competencia implícita, en la que sus decisiones y medidas están irremediabilmente condicionadas por el marco normativo de los demás.

³⁷ Entre los mayores logros en este sentido destacamos la reciente aprobación de la *Directiva 2011/16/UE del Consejo de 15 de febrero de 2011 relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE*, que prevé a partir del 1 de enero de 2015 un refuerzo del intercambio de información entre los Estados miembros, tanto automático como bajo petición, instrumento clave para las investigaciones contra el fraude y la evasión fiscal. Sin embargo, aún no se ha conseguido la plena eliminación del secreto bancario, que se mantiene vigente en Luxemburgo y Austria mientras que Estados como Suiza no accedan a un efectivo intercambio de información, tal y como recoge la regulación del periodo transitorio (artículo 10) de la *Directiva 2003/48/CE del Consejo de 3 de junio de 2003 en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses*.

Si los sistemas fiscales de los Estados miembros fueran más homogéneos, este marco comunitario podría ser objeto de un sencillo análisis que facilitaría la evaluación de los efectos de cualquier medida. Sin embargo, los Estados se han caracterizado por promover un marco complejo y asimétrico, al mantener y desarrollar regímenes específicos centrados en la atracción o en la retención de las bases más móviles. Cuando estas medidas se separan jurídica y conceptualmente del marco ordinario de tributación (*taxation benchmark*) consideramos que entramos en una nueva dimensión de competencia, la *competencia entre regímenes*.

Las instituciones comunitarias han sido conscientes desde el primer momento de los riesgos que la creación de estos incentivos específicos suponía para la consecución de los objetivos comunitarios³⁸. No obstante, ante el limitado alcance del proceso armonizador en el ámbito de la fiscalidad directa, apenas tenían instrumentos para limitar su proliferación.

Un importante hito fue la publicación en 1996 del conocido documento *La fiscalidad en la Unión Europea* (Primer Informe Monti). En el mismo, se apostaba por abordar la cuestión a través de la coordinación entre los Estados miembros, orientación que tuvo como resultado el *Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas*, adoptado por la Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros el 1 de diciembre de 1997. Este Código de Conducta, así como su posterior desarrollo, realizado por el conocido como Grupo Primarolo, ha estado especialmente orientado a la eliminación de esta competencia entre regímenes³⁹. En concreto, el Informe

³⁸ Comisión Europea: Informe Ruding, *Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation*, Marzo 1992, pág. 26. En el mismo sentido véase: Comisión Europea: *La fiscalidad en la Unión Europea*, SEC (96) 487 final (Primer Informe Monti) pág. 5.

³⁹ Para el Código, el primer requisito para considerar una medida fiscal potencialmente perniciosa era que implicara “un nivel impositivo efectivo considerablemente inferior, incluido el tipo cero, a los aplicados habitualmente en el Estado miembro de que se trate”. Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas. Conclusiones del Consejo ECOFIN de 1 de diciembre de 1997 sobre política fiscal. DOCE C 2, de 6 de enero de 1998, Letra B. Se observa de este modo la importancia de que la medida suponga una minoración respecto al régimen general del Estado en cuestión. Así lo hacen ver también: MARTÍN LÓPEZ, J., “Competencia fiscal perjudicial...”, *op. cit.*, pág. 187 o MALDONADO GARCÍA-VERDUGO, A. “Ejercicios sobre competencia fiscal perjudicial en el seno de la Unión Europea y de la OCDE: semejanzas y diferencias”, *Crónica Tributaria*, núm. 97, 2001, pág. 50. Parece posible, de hecho, realizar una equiparación entre la competencia entre regímenes y la competencia fiscal perjudicial conforme a los parámetros para su identificación señalados en el Código.

Primarolo presentado al Consejo ECOFIN en noviembre de 1999 identificaba 66 medidas perjudiciales y las clasificaba en seis grupos⁴⁰:

- a) Servicios financieros, financiación de grupos y pago de cánones;
- b) Seguro, reaseguro y seguro de capitales;
- c) Servicios intragrupo;
- d) Sociedades holding;
- e) Sociedades exentas y offshore;
- f) Medidas misceláneas.

De esta clasificación podemos extraer dos conclusiones, que aun siendo obvias, no debemos dejar de señalar para contribuir a caracterizar el fenómeno de la competencia fiscal en la UE. En primer lugar, observamos que las medidas están mucho más orientadas a la actividad financiera que a la actividad real de las empresas. Por otro lado, resulta evidente que las empresas a que van destinadas son fundamentalmente grupos multinacionales, estructurados generalmente mediante sociedades *holding* y que se enfrentan a la complejidad de las operaciones intragrupo, un escenario en el que las posibilidades de arbitraje fiscal se multiplican, cuestión que ha sido aprovechada por algunos Estados para atraer estas operaciones⁴¹.

Aunque posteriormente profundizaremos en los trabajos del Código de Conducta, por suponer el principal hito de lucha contra la competencia fiscal perjudicial en la Unión Europea, en este punto queríamos destacar la orientación clara de sus trabajos a la competencia entre regímenes. Unos trabajos que, a priori, podemos calificar como un éxito, al conseguir tanto que los Estados se abstengan de crear nuevos regímenes especiales (*stand-still*)

⁴⁰ *Report to the Ecofin Council on 29 November 1999*, SN 4901/99.

⁴¹ Como ya advirtió acertadamente GRESIK, la flexibilidad que muestran las multinacionales al transferir sus operaciones “not only helps transnationals minimize the cost of taxes and regulations imposed by national governments; it can also aid them in pitting one government against another”. Véase: GRESIK, T., “The Taxing Task of Taxing Transnationals”, *Journal of Economic Literature*, Vol. 39, 2001, pág. 800.

como que desmantelaran los señalados como perjudiciales (*roll-back*). A pesar de la contribución a los logros del Código de Conducta que ha supuesto el empleo en paralelo de la normativa en materia de ayudas de Estado, aún siguen quedando algunas cuestiones en el tintero. Los trabajos de desarrollo del Código afrontan obstáculos técnicos y políticos que limitan su rango de actuación. Además, la realidad económica europea ha seguido evolucionando desde entonces. En el capítulo quinto desarrollaremos estas cuestiones.

2.4 Conclusiones. El marco de la competencia fiscal en Europa: hacia una competencia entre sistemas

Los sistemas fiscales de los Estados integrados en una organización supranacional como la Unión Europea están inevitablemente relacionados, especialmente por la plasmación de las libertades fundamentales en los tratados y su exégesis expansiva por el TJUE que ha configurado un territorio común sin fronteras. *Ergo*, los Estados miembros compiten entre sí, incluso en los tributos armonizados a través de las diferencias de tipos y de control administrativo.

Aunque han mostrado su preocupación por los escasos avances del proceso armonizador de la fiscalidad directa, las instituciones comunitarias han puesto el acento en la lucha contra la competencia realizada mediante regímenes especiales, orientados a la atracción de las actividades de empresas multinacionales. Posteriormente, analizaremos el éxito de sus resultados, pero podemos asegurar que, en línea de principio, estos esfuerzos han tenido sus frutos. En cambio, tendremos que ahondar en los motivos que impiden, con la actual concepción del Derecho de la Unión, afrontar las diferencias en algunos aspectos generales de los sistemas de los Estados miembros.

De este modo, podemos entender que la competencia fiscal en la UE ha evolucionado en cierta medida desde una competencia entre regímenes,

superada en gran medida a través de la labor de coordinación plasmada en el Código de Conducta y de la aplicación de las normas en materia de ayudas de Estado, hacia una competencia entre sistemas, especialmente persistente tras la incorporación de las economías del Este a la ecuación del mercado interno⁴². No obstante, uno de los mayores riesgos que pervive es el tratamiento dispar de los flujos transfronterizos de capital, que continúa favoreciendo la concentración de actividades financieras, sin creación de valor añadido, en las regiones que ofrecen unas mejores condiciones de tributación⁴³.

Una vez examinadas las dos formas de ejercer la competencia entre los Estados, en el resto del capítulo profundizaremos en el análisis, dentro del marco comunitario, de las tres condiciones básicas para el nacimiento de arbitraje fiscal: movilidad de los factores, el sistema de tributación y las diferencias de tributación. En relación a este último factor, pondremos especial énfasis en el desarrollo y las deficiencias del proceso de armonización fiscal en la UE y en el papel del TJUE como integrador de los Tratados con la realidad comunitaria.

3. LA MOVILIDAD DE LOS FACTORES Y DE LAS BASES IMPONIBLES

La movilidad de un factor no es un valor absoluto ni determinado, sino que dependerá en cada contexto de un conjunto de circunstancias sociales,

⁴² Como indica MARTÍN LÓPEZ, “al no existir norma jurídica ni compromiso político que conmine a los citados países – al igual que sucede con Irlanda – a subir los tipos de gravamen de sus correspondientes impuestos sobre sociedades, éstos se convierten, *de facto*, en atractivas jurisdicciones a efectos de ubicar actividades e inversiones empresariales” Véase: MARTÍN LÓPEZ, J., “Competencia fiscal perjudicial...”, *op. cit.*, pág. 234.

⁴³ Esta forma de competición es repudiada por DI PIETRO con las siguientes palabras: “Senza un modello impositivo, quale quello che solo l’armonizzazione avrebbe potuto offrire, il permanere delle differenze dei regimi fiscali delle società ha alimentato una concorrenza fiscale che, pur astrattamente accettabile, nel confronto di sistemi, non poteva e non avrebbe potuto esserlo quando, come di frequente negli ordinamenti nazionali, i regimi fiscali differenziavano in maniera evidente i redditi transfrontalieri”. Véase: DI PIETRO, A., “La debolezza dell’armonizzazione e la forza della competizione nella tassazione delle società in Europa”, *op. cit.*, pág. 88.

jurídicas y económicas⁴⁴. Sin embargo, en las últimas décadas el fenómeno de la globalización⁴⁵, fruto de la desregulación económica y la liberalización de los movimientos de capitales, bienes y servicios, ha contribuido a incrementar la movilidad de los factores y a interconectar las economías nacionales y, por ende, sus sistemas fiscales⁴⁶. Sus efectos sobre el Derecho Tributario han ocupado a gran parte de la doctrina⁴⁷. El resultado de estos estudios es casi

⁴⁴ “La movilidad no es una característica intrínseca en la naturaleza de una fuente de riqueza, sino que es una característica contingente, mudable, que depende de muy diversos factores”. Véase: AA.VV., “Poder tributario y competencia fiscal”, *op. cit.*, págs. 250-251. De hecho, aunque las rentas del capital ahora sean el mejor ejemplo de movilidad, hasta hace pocos años las restricciones en el control de cambios o los límites a la exportación de capitales dibujaban un escenario bien diferente. Igualmente, como se afirma en esta misma obra, una de las consecuencias de la globalización es que las fuentes de riqueza tienden a dotarse de movilidad, ya que recibirán un mejor tratamiento fiscal. Como ejemplo, los autores nos indican el caso de la cesión de derechos de imagen, método por el cual se ha conseguido esquivar en parte el régimen de tributación de las rentas del trabajo en los impuestos sobre la renta.

⁴⁵ Aunque existen infinidad de definiciones, asumiremos la adoptada por el Fondo Monetario Internacional: “Globalization refers to the growing interdependence of countries worldwide through the increasing volume and variety of cross-border transactions in goods and services and of international capital flows, and also through the more rapid and widespread diffusion of technology” Véase: *World Economic Outlook*, Fondo Monetario Internacional, Mayo, 1997, pág. 45.

⁴⁶ Como señala la OCDE en su fundamental documento *Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue*: “The accelerating process of globalisation of trade and investment has fundamentally changed the relationship among domestic tax systems (...) the removal of non-tax barriers to international commerce and investment and the resulting integration of national economies have greatly increased the potential impact that domestic tax policies can have on other economies. Globalisation has also been one of the driving forces behind tax reforms, which have focused on base broadening and rate reductions, thereby minimising tax induced distortions. Globalisation has also encouraged countries to assess continually their tax systems and public expenditures with a view to making adjustments where appropriate to improve the «fiscal climate» for investment. Globalisation and the increased mobility of capital has also promoted the development of capital and financial markets and has encouraged countries to reduce tax barriers to capital flows and to modernise their tax systems to reflect these developments. Many of these reforms have also addressed the need to adapt tax systems to this new global environment.”. OCDE. *Harmful Tax Competition. An emerging global issue*. Paris: OCDE publications, 1998, págs. 13-14.

⁴⁷ Existe bastante coincidencia en la doctrina sobre la gran influencia de la globalización en la intensificación de la competencia fiscal y en otros cambios producidos en el Derecho Tributario. Entre otros autores: GERELLI, E., “Il fantasma della globalizzazione e la realtà dei sistemi tributario negli anni 2000”, *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, Vol. 56, núm. 4, 1997, págs. 455 y ss; AVI-YONAH, R. S., “Globalization, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State”, *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Harvard Law School, Working Paper núm. 4, 2000, págs. 5 y ss; OBERSON, X., “L’impact de la mondialisation sur le droit fiscal suisse”, en AA.VV., *Le droit saisi par la mondialisation*, director: Charles-Albert Morand, Bruylant, Bruselas, 2001; SANZ GADEA, E., “Aspectos internacionales de la política fiscal (I, II, III)”, *Impuestos*, núm. 2, 2001, págs. 161-250; TIXIER, G., “La mondialisation et le droit fiscal français”, en AA.VV., *Le droit saisi par la mondialisation*, director: Charles-Albert Morand, Bruylant, Bruselas, 2001, págs. 419-427; CALDERÓN CARRERO, J. M. y CAAMAÑO ANIDO, M. A., “Globalización económica y poder tributario: ¿hacia un nuevo derecho tributario?”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 6, 2002, págs. 180-195; MARTÍN LÓPEZ, J., “Competencia fiscal perjudicial...”, *op. cit.*, págs. 33-38; CRUZ PADIAL, I.,

siempre coincidente, señalando a la globalización como la principal instigadora del actual escenario de competencia fiscal así como de los profundos cambios en los modos de creación y aplicación del Derecho⁴⁸.

Aunque a nivel de la UE exista un proceso de integración económica y política de mucho mayor calado que el representado por la globalización, podemos apuntar que, a salvo del factor fundamental de las libertades comunitarias, los efectos de ambos procesos pueden ser en ocasiones casi coincidentes. Este hecho nos permitirá combinar estudios y ejemplos. No obstante, al ser el eje de nuestra investigación, profundizaremos especialmente en el análisis de los parámetros de movilidad de los factores en la Unión Europea⁴⁹.

3.1 La movilidad de los ciudadanos

La emigración de personas a países más desarrollados o con mejores oportunidades de trabajo ha sido una constante a lo largo de la historia de la humanidad. En los últimos años, además, la reducción de los costes de

“Sistema Tributario: Su falta de adecuación al contexto actual originado por el proceso de globalización económica”, *Nueva Fiscalidad*, núm. 9, 2007; GUTIÉRREZ LOUSA, M. y RODRÍGUEZ ONDARZA, J. A., “Las consecuencias fiscales de la globalización”, *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 8, 2007, págs. 6-12;. En otra línea, un estudio empírico apunta, sin embargo, que la estructura interna del gasto público de los Estados no ha cambiado. Véase: DREHER, A., STURM, J. y URSPRUNG, H. W., “The impact of globalization on the composition of government expenditures: evidence from panel data”, *CESIFO Working Paper*, núm. 1755, Abril, 2006, pág. 17.

⁴⁸ No debemos olvidar, sin embargo, que la globalización es un fenómeno global (valga la redundancia) e incontrolable, del que debe partirse para entender la concepción de la economía mundial y los sistemas tributarios en la actualidad. En no pocas ocasiones, los efectos de la globalización se confundirán con los de la competencia fiscal entre los Estados. A la hora de evaluar el fenómeno que nos ocupa debemos concentrarnos en aquellos aspectos sobre los que sí podremos incidir, otros, quedarán al margen por superar el ámbito de este trabajo.

⁴⁹ DOS SANTOS apunta en concreto a tres factores que hacen que la Unión Europea sea especialmente proclive al desarrollo de procesos de competencia fiscal en su seno: la consecución del mercado único, la Unión Económica y Monetaria y la ampliación a nuevos Estados miembros. Véase: DOS SANTOS, A. C., “L’Union européenne...”, *op. cit.*, págs. 43-44. Sobre los efectos de la integración europea en el ámbito tributario recomendamos la lectura de: SINN, H. W., “Tax Harmonization and Tax Competition in Europe”, *National Bureau of Economic Research, Working Paper* Núm. 3248, Cambridge, 1990. Advertimos que dejemos fuera de esta evaluación preliminar por su carácter esencialmente inmóvil el tratamiento de la propiedad inmobiliaria, cuyas rentas por otro lado suelen estar sometidas a una aplicación estricta del criterio de territorialidad.

transporte, la mejora de las comunicaciones, la reducción de las restricciones a la emigración en algunos Estados e incluso la generalización del inglés como idioma de los negocios, han podido contribuir a que el mundo sea también un lugar mucho más pequeño para los ciudadanos y se haya incrementando la movilidad internacional⁵⁰. No obstante, continúan existiendo importantes barreras a la libre circulación de personas, especialmente por los límites a los flujos migratorios fijados por los países más desarrollados.

Centrándonos en el objeto de nuestro estudio, vamos a examinar la movilidad de los individuos en la Unión Europea dentro de tres categorías: el ciudadano como trabajador, como consumidor y, por último, el caso excepcional de las grandes fortunas⁵¹.

3.1.1 La movilidad del ciudadano – trabajador

Respecto a la movilidad de los trabajadores, siempre ha sido una prioridad explicar las pautas de evolución del mercado de trabajo de la UE. Hasta la última gran ampliación de la UE a 27 Estados miembros, las cifras de movilidad laboral dentro del continente europeo eran muy bajas⁵². Sin embargo, la entrada de los países del Este, menos desarrollados, y la progresiva

⁵⁰ EDWARDS, C. y DE RUGY, V., "International Tax Competition", en AA.VV., *Economic Freedom of the World: 2002 Annual Report*, Fraser Institute, Vancouver, 2002, pág. 46.

⁵¹ También existe la posibilidad, acentuada con el desarrollo de Internet, de trabajar a distancia, aunque a efectos fiscales carece de relevancia porque se mantiene el Estado de residencia.

⁵² En el documento *The Impact of Eastern Enlargement on Employment and Labour Markets*, publicado en el año 2000 y encargado por la Dirección General de Empleo y Asuntos Sociales de la Comisión Europea, se recogía que antes del año 1999 apenas el 0,2 % de la población de los futuros Estados miembros del Este residían en otros Estados miembros. El principal motivo para estas bajas cifras, a pesar de las grandes diferencias de salarios y de nivel de empleo, eran los estrictos controles migratorios vigentes en esa época. Véase: BOERI, T., BRÜCKER, H. y otros, *The Impact of Eastern Enlargement on Employment and Labour Markets*, European Integration Consortium, Berlín y Milán, 2000, pág. 135. En este sentido, sigue siendo válida la siguiente reflexión: "European workers are bound to their residence and their country by numerous ties to a much greater extent than American workers are, The free movement of workers has thus in practice been far less important than the free movement of goods and, more recently, the freedom to provide (and receive) services. Palabras contenidas en: KAPTAYEN, P. J. G. y VERLOREN VAN THEMATAAT, P., *Introduction to the Law of the European Communities*, Tercera edición, dirigida y revisada por Laurence W. Gormley, Kluwer Law International, Londres, 1998, pág. 701. Confirma también esta baja movilidad: MARINI, P., "La concurrence fiscale en Europe; une contribution au débat", *Les rapports du Sénat*, núm. 483, París, 1999.

eliminación de las barreras establecidas a la libre circulación de trabajadores provenientes de estos Estados, ha provocado que las cifras de movilidad dentro de la UE se hayan disparado respecto a las previsiones realizadas con anterioridad a la ampliación. De este modo, tal y como recogen algunas estadísticas⁵³, entre los años 2004-2009 cerca de 3 millones de ciudadanos de los nuevos Estados miembros desplazaron su residencia a la UE-15. Entre los principales Estados de salida destacan especialmente Rumanía, con más de 1,5 millones de emigrantes (un 7,3% de su población) y Polonia, con más de 900.000⁵⁴. Los principales destinos en términos absolutos, con cifras cercanas a los 800.000 inmigrantes, fueron España e Italia, en las que se concentraron los desplazados búlgaros y rumanos, y el Reino Unido, con inmigración más centroeuropea⁵⁵.

Los motivos que justifican este incremento de la movilidad de la fuerza laboral europea desde unas regiones a otras (aunque aún lejos de las cifras de países como Estados Unidos⁵⁶), pueden resumirse en tres:

- Elevado porcentaje de desempleo⁵⁷;
- Diferencias salariales⁵⁸;
- Progresiva eliminación de límites a la libre circulación.

⁵³ Véase: FIC. T. y otros, "Labour mobility within the EU – The Impact of Enlargement and Transitional", *NESR Working Paper*, núm. 379, National Institute of Economic Research, 2011, págs. 32-33. La cifra cercana a 5 millones de emigrantes de nacionales de los nuevos Estados miembros (excluidos Malta y Chipre) residiendo en otro Estado de la UE-15 son claramente superiores a las estimadas por estudios anteriores como el indicado *supra*. Véase: BOERI, T., BRÜCKER, H. y otros, "The Impact of Eastern Enlargement on Employment and Labour Markets", *op. cit.*, pág. 129. En la proyección más optimista, este último estudio no alcanzaba siquiera la cifra de 3,5 millones.

⁵⁴ El porcentaje de población emigrante polaca a la UE-15, sin embargo, ha sido solo del 2,4 %. Lo superan Bulgaria (3,4 % y 265.000 emigrantes) y Lituania (4,2% y 142.000 emigrantes).

⁵⁵ En términos relativos, sin embargo, Irlanda es el Estado con un mayor coeficiente de inmigración respecto a su población con cifras cercanas al 4%, el siguiente Estado sería ya España con algo menos del 2 %.

⁵⁶ GÁKOVÁ, Z y DIJSKTRA, L., "Labour mobility between the regions of the EU-27 and a comparison with the USA", *European Union Regional Policy*, núm. 2, 2008, pág. 4.

⁵⁷ *Ibidem*, pág.3.

⁵⁸ HEINZ, F. F. y WARD-WARMEDINGER, M., "Cross-border labour mobility within and enlarged EU", *Occasional Paper Series*, European Central Bank, núm. 52, 2006, págs. 16-18.

Para la gran mayoría de los emigrantes comunitarios, por tanto, las posibilidades de encontrar un empleo y la mejora del nivel de vida son los principales motivos del traslado. Es poco probable que el factor fiscal pueda influir en la toma de decisión de estos sujetos, dado que suelen tener rentas muy bajas por carecer de empleo previo⁵⁹. Por otro lado, los ciudadanos con empleo y rentas medias son muy reticentes a cambiar de residencia simplemente por motivos fiscales, ya que este traslado implica importantes costes sociales y económicos⁶⁰.

Otro obstáculo a la movilidad del factor trabajo que se ha conseguido reducir progresivamente son los problemas para el reconocimiento de las cualificaciones profesionales entre diferentes Estados miembros. En este sentido, la *Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones*

⁵⁹ Estos extremos ya fueron confirmados en 1994 por el estudio: *Cross-border activities, taxation and the European single market*, que apuntó acertadamente que la mayoría de los movimientos intraeuropeos (entre Bélgica, Holanda, Francia y Alemania) estaban motivados por la búsqueda de empleo o de mejoras salariales, no por factores fiscales. Véase: BODE, E., KRIEGER-BODEEN, C. y LAMMERS, K., *Cross-border activities, taxation and the European single market*, Institut für Weltwirtschaft, Kiel, 1994, pág. 135.

⁶⁰ MUSGRAVE, P. B. y MUSGRAVE, R. A., "Fiscal Coordination and Competition in an International Setting, en AA.VV., *Influence of Tax Differentials on International Competitiveness: proceedings of the Munich Symposium on International Taxation*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer - Boston, 1990, págs. 67-70. Siempre existen excepciones, vinculadas generalmente a la existencia de algún régimen muy ventajoso en otro territorio y a los escasos costes de traslado. En España, se nos ocurre un ejemplo: el cambio de residencia de personas de avanzada edad a Comunidades Autónomas como Madrid. El motivo de este traslado es beneficiarse de la bonificación del 99% para los descendientes directos en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, cuyo punto de conexión en el ámbito interno es la residencia del causante. No obstante, la *Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias*, contiene en su artículo 28 las normas específicas de determinación de la residencia habitual en una Comunidad Autónoma, precepto al que remite el artículo 32.5 del mismo texto para determinar los puntos de conexión del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. En concreto, el apartado 28.1.1. b) recoge una suerte de "cuarentena fiscal", al determinar que la Comunidad de residencia será aquella en la el causante haya permanecido un mayor número de días en los cinco años anteriores a la fecha del devengo. De este modo, si una persona falleciese a los dos años del traslado se consideraría, en todo caso, residente en la Comunidad de procedencia y no en la que falleció. Es especialmente crítico con este precepto, invariable en las distintas leyes de regulación del sistemas de financiación de las Comunidades Autónomas: RAMOS PRIETO, J., "Algunos aspectos problemáticos en la atribución del rendimiento de un impuesto cedido: las adquisiciones mortis causa gravadas por el impuestos sobre sucesiones y donaciones", en AA.VV., *El debate sobre el sistema de financiación autonómica (XX aniversario del Estatuto de Autonomía para Andalucía)*, director: Javier Lasarte, coordinadores: Francisco Adame Martín y Jesús Ramos Prieto, Comares, Granada, 2003, págs. 778-780.

*profesionales*⁶¹, facilita el acceso a profesiones reguladas en un Estado diferente a aquel en que se obtuvo la cualificación profesional correspondiente⁶².

A pesar de estos avances, el nulo incentivo para los trabajadores menos cualificados y la dificultad asociada al cambio de residencia para los empleados en otros Estados miembros nos permite afirmar que el factor trabajo tiene, desde un punto de vista fiscal y con carácter general, una escasa movilidad en el seno de la UE⁶³. Por tanto, queda en principio fuera del juego de competencia fiscal entre las jurisdicciones, lo que no impide que los ciudadanos no adopten en ocasiones actitudes de arbitraje fiscal ni que la cuestión de la libre circulación de trabajadores no plantee conflictividad ante el TJUE⁶⁴.

No obstante, a pesar de los límites impuestos en ocasiones a la entrada de ciudadanos de otros Estado de la propia UE o de Estados terceros, sí que podemos observar como los Estados no suelen poner impedimentos a que personal altamente cualificado entre en sus fronteras para contribuir al

⁶¹ Esta Directiva, que ha sido posteriormente objeto de breves modificaciones, deroga e integra en un único texto las anteriores *Directivas 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa al sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que certifican formaciones profesionales de una duración mínima de tres años; 92/51/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales, que completa la Directiva 89/48/CEE y 99/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de junio de 1999, por la que se establece un mecanismo de reconocimiento de títulos respecto de las actividades profesionales a que se refieren las Directivas de liberalización y de medidas transitorias, y por la que se completa el sistema general de reconocimiento de títulos*. Así mismo, consolida nada menos que doce directivas sectoriales relativas a las profesiones de médico, odontólogo, veterinario, matrona, arquitecto o farmacéutico.

⁶² Por profesión regulada se entiende: “la actividad o conjunto de actividades profesionales cuyo acceso, ejercicio o una de las modalidades de ejercicio están subordinados de manera directa o indirecta, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales; en particular, se considerará modalidad de ejercicio el empleo de un título profesional limitado por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas a quien posea una determinada cualificación profesional. Definición contenida en el artículo 3.1 a) de la Directiva 2005/36/CE.

⁶³ Hay que reconocer la existencia de especiales flujos transfronterizos de trabajadores residentes en otros Estados en la zona centroeuropea del Benelux, situación en la que incluimos también las regiones fronterizas entre otros Estados miembros. Sin embargo, estas situaciones no suelen tener su raíz en la búsqueda de ventajas fiscales.

⁶⁴ Nos parecen muy acertada la apreciación realizada en la obra colectiva dirigida por ORÓN MORATAL: “Como esta fuente de riqueza no goza de movilidad (tiene una movilidad reducida), los Estados no se han sentido presionados a mejorar las condiciones fiscales que se le ofrecen a fin de atraer o conservar una mayor cantidad del factor trabajo. Por ello no se ha desatado una lucha fiscal entre Estados para mejorar el régimen tributario de las rentas del trabajo, porque esa lucha carece de sentido en la actual situación socio-económica”. Véase: AA.VV., “Poder tributario y competencia fiscal”, *op. cit.*, pág. 246.

desarrollo de su economía; muy al contrario, no pocos cuentan con regímenes fiscales especiales para atraer “expertos”, “investigadores” o “altos directivos”⁶⁵.

¿Por qué sí existe una competencia por estos trabajadores? Por un lado, los elevados salarios de estos ciudadanos les permiten sortear los obstáculos económicos al cambio de residencia del trabajador medio, por lo que son mucho más sensibles a las diferencias de tributación. Por otro, confluyen dos de las condiciones en las que una situación de arbitraje fiscal puede desembocar en una dinámica de competencia fiscal: se puede aislar a la economía interna de los efectos del régimen privilegiado (ofreciendo las ventajas solo a los que no han sido previamente residentes) y se puede obtener un gran valor añadido de estos profesionales cualificados para la economía en su conjunto⁶⁶.

Aunque dejaremos para el capítulo cuarto la concreción de estas situaciones en las que sí puede existir competencia fiscal, queremos hacernos eco de la clara asimetría de trato fiscal en función de la movilidad del factor trabajo. De hecho, entre las ideas desarrolladas en el capítulo primero ya advertíamos que la escasa movilidad genérica del factor trabajo lo ha convertido en chivo expiatorio para el sostenimiento de los gastos públicos (en compensación por la fuerte presión a la baja en los impuestos sobre el capital, un factor mucho más volátil). En cambio, observaremos como los trabajadores más móviles pueden acabar recibiendo un trato más benevolente.

En conclusión, en la Unión Europea, a pesar de la libertad de circulación de trabajadores, existe aún una escasa movilidad del factor trabajo,

⁶⁵ Advierte de este hecho SCHÖN, W., “Tax Competition in Europe – General Report”, en AAVV. *Tax Competition in Europe*, Coordinador: Wolfgang Schön, IBFD, Amsterdam, 2003, págs. 22-23. De hecho, son los países con elevados niveles de presión fiscal (por ejemplo Bélgica, Dinamarca, Finlandia u Holanda) los más preocupados en crear este *status* privilegiado para la importación de talento del exterior por temor a que su alto coste fiscal impida a sus empresas acceder al mismo. En el fondo, es otro medio de ayudar a las empresas locales ya que estos trabajadores para el traslado suelen exigir un determinado sueldo y unas condiciones *netas* de impuestos, por lo que son las empresas las que asumen, en la práctica, el coste (ahorro) fiscal de estos trabajadores cualificados.

⁶⁶ Señala no obstante LODIN, que se puede crear un proceso absurdo de competencia por el que cada país exporte talento por la atracción de los regímenes ajenos e importe a través del suyo. Véase: LODIN, S., “What ought to be taxed and what can be taxed: a new international dilemma”, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, Vol. 54, núm. 5, 2000, pág. 213. Este efecto puede intensificarse si prosigue la coexistencia entre estos regímenes privilegiados para los trabajadores no residentes altamente cualificados con el incremento de los tipos marginales superiores de la tributación sobre la renta.

especialmente del menos cualificado. Aunque la ampliación a los Estados del Este ha incrementado exponencialmente los flujos migratorios, las cifras siguen poniendo en evidencia las barreras invisibles del idioma y de la integración. De hecho, varios autores apuntan que este es uno de los principales escollos que quedan por superar para que la Unión se convierta algún día en un área monetaria óptima⁶⁷: solo la ausencia de movilidad puede explicar la persistencia de las grandes diferencias en niveles de desempleo entre algunos Estados miembros⁶⁸.

La crudeza de la crisis económica está provocando que se invierta lentamente esta rigidez del mercado de trabajo europeo, dando origen a un nuevo fenómeno, hasta ahora poco conocido en el seno de la UE: el *brain drain*⁶⁹ o emigración de jóvenes trabajadores cualificados sin empleo hacia otros Estados miembros con mayores posibilidades laborales⁷⁰. De este modo, jóvenes licenciados españoles, griegos, portugueses o italianos emigran a

⁶⁷ El área monetaria óptima es un concepto desarrollado por MUNDELL en el año 1961 a través del cual exalta las ventajas de eficiencia y estabilización de una concentración de las regiones con plena movilidad de factores en torno a una moneda única y un banco central único. Sin embargo, como él mismo advierte: "if labor and capital are insufficiently mobile within a country then flexibility of the external price of the national currency cannot be expected to perform the stabilization function attributed to it, and one could expect varying rates of unemployment or inflation in the different regions". Véase: MUNDELL, R., "A Theory of Optimum Currency Areas", *American Economic Review*, Vol 51, núm. 4, 1961, pág. 664.

⁶⁸ GÁKOVÁ, Z y DIJSKTRA, L., "Labour mobility between the regions of the EU-27 and a comparison with the USA", *op. cit.*, pág. 5; TORIBIO DÁVILA, J. J., "Áreas monetarias óptimas y la experiencia europea: algunas reflexiones", *Revista ICE, Euro y crisis económica*, núm. 863, 2011, págs. 16-17.

⁶⁹ Este fenómeno ha tenido históricamente como principal beneficiario a Estados Unidos, que ha visto como jóvenes talentos de países asiáticos se trasladaban en busca de mejores oportunidades laborales. Incluso, sí se puede observar un cierto componente fiscal en la atracción de estudiantes canadienses que huyen de la elevada presión fiscal en su país hacia el país vecino. En Europa, tal vez sea Londres el principal foco de atracción de este tipo de empleo, con más de un 20% de su población integrada por trabajadores extranjeros. Véase: EDWARDS, C. y de RUGY, V., "International Tax Competition", *op. cit.*, pág. 46. Algún estudio apunta que la coordinación educativa puede reducir este *brain drain* e incentivar la inversión en educación, sin embargo, una inversión de los flujos migratorios puede reducir la eficiencia de la economía global. En este sentido: EGGER, H., FALKINGER, J. y GROSSMANN, V., "Brain Drain, Fiscal Competition, and Public Education Expenditure", *Review of International Economics*, Vol. 20, núm. 1, 2012, pág. 92.

⁷⁰ Las estadísticas son abrumadoras. El desempleo juvenil (menores de 25 años) en la UE ronda el 24% y en Estados como Grecia o España supera el 55 %. Es lógico, por tanto, encontrar el reflejo de estos datos en la realidad del día a día. Véase: "Los españoles y los griegos emigran a Alemania para trabajar", *Cinco Días*, 30 de agosto de 2012. Ya se habla de una generación perdida: "Spain's lost generation: youth unemployment surges above 50 per cent", *The Telegraph*, 27 de enero de 2012.

Alemania, Reino Unido o los países nórdicos en busca de oportunidades laborales que no tienen en sus Estados de origen.

3.1.2 La movilidad del ciudadano – consumidor

Esta escasa movilidad del factor trabajo está ligada a la reticencia de los individuos a trasladar su residencia a otro Estado de manera permanente. Sin embargo, en lo que respecta a traslados estrictamente temporales por motivos laborales o turísticos, no podemos negar que sí existe una creciente movilidad de los ciudadanos comunitarios.

La propia Comisión ha diferenciado tres modelos de conductas de compra en otro Estado miembro⁷¹. En primer lugar, tendríamos a los compradores esporádicos, que realizan compras por turismo; en segundo, nos encontramos con el creciente grupo de los compradores de bienes y servicios a través de Internet; por último, estarían los residentes en áreas fronterizas, que desarrollan unas pautas de compras muchos más estructuradas.

Respecto a los primeros, la movilidad está favorecida por la eliminación de fronteras en la UE y por la proliferación de vuelos intraeuropeos de bajo coste. Sin embargo, este tipo de compras no tienen un efecto sustitutivo respecto al consumo interno por lo que no requieren mayor atención.

En relación al *e-commerce*, la Comisión se ha hecho eco del crecimiento sostenido de esta actividad en los últimos años, aunque advierte que perviven obstáculos lingüísticos, regulatorios y prácticos que dificultan una mayor expansión de estas actividades⁷². La principal característica de estas

⁷¹ Dentro de la Unión Europea se observan grandes diferencias en la intensidad de las compras en otros Estados miembros, fundamentalmente influenciadas por la situación geográfica, la cultura, la historia política o el propio nivel económico. Véase: Comisión Europea, *Qualitative Study on Cross-Border Shopping in 28 European Countries*, Eurobarómetro, Mayo 2004, pág. 13.

⁷² Véase: Comisión Europea, *Report on cross-border e-commerce in the EU*, SEC (2009) 283 final, 5 de marzo de 2009. Como advierte este documento, a pesar de que en algunos Estados este tipo de comercio es habitual entre los internautas (en los países nórdicos más del 90% han realizado compras *on line*; en Francia, Reino Unido o Alemania este porcentaje supera el 50%) aún el porcentaje de *e-commerce* transfronterizo apenas supone un 7% del total y no se aprecia apenas incremento en los últimos años. Uno de los principales obstáculos son las

operaciones, principalmente las relativas a prestaciones de servicio por vía electrónica, es que son muy móviles y los consumidores están especializados y muy bien informados (factores propios de un mercado en competencia perfecta. Además, como asegura el estudio de la Comisión, los compradores a través de Internet realizan una mejor comparación de precios, acceden a un rango más amplio de productos y a un mayor número de vendedores⁷³. De este modo, cualquier influencia del factor fiscal sobre el precio final de estos productos puede afectar a los patrones de compra en la UE, ya que los consumidores adquirirán estos productos al proveedor que ofrezca un mejor precio final. Como veremos en el capítulo siguiente, este hecho puede provocar que los operadores se concentren en aquellos Estados con menores tipos de IVA para ofrecer precios más competitivos a los consumidores finales.

Por último, nos corresponde apuntar algunas notas sobre las compras transfronterizas realizadas en el desplazamiento físico a otras regiones limítrofes. En este caso, la eliminación de los controles aduaneros entre los Estados comunitarios ha permitido a los ciudadanos que habitan en zonas fronterizas con otros Estados miembros integrar entre sus hábitos de consumo productos diferentes que únicamente pueden obtener en otra región o productos idénticos que puede adquirir por un menor precio.

Esta movilidad puede generar una intensificación de las compras transfronterizas cuando la diferencia de precio entre productos sea tal que compense el coste del traslado a otra jurisdicción. Es el fenómeno que denominamos en el primer capítulo *cross-border shopping*. En el comercio de la Unión con otros Estados terceros existen importantes límites al desarrollo de estas dinámicas ya que la importación de productos por particulares está sujeta, salvo pequeñas franquicias exentas, a los correspondientes derechos arancelarios de entrada en la Unión y al IVA a la importación. En cambio, cuando la adquisición se realiza en otro Estado miembro se aplica con carácter general la tributación en origen de las adquisiciones realizadas por particulares, sin que se exija ningún impuesto adicional cuando el producto es transportado

formalidades que deben cumplir los vendedores transfronterizos, hecho que lleva a muchos de ellos a rechazar las compras realizadas desde otros Estados miembros.

⁷³ *Ibidem*, pág. 10.

al Estado de residencia. En estos casos, se aprecian elevadas cotas de compras transfronterizas en regiones limítrofes con otros Estados miembros que ofrecen menores precios, bien porque los costes laborales o de funcionamiento de un negocio son menores, bien porque los impuestos sobre el consumo son más reducidos. En el capítulo tercero comprobaremos que el escaso impacto de las diferencias en los tipos del IVA entre los Estados miembros ha circunscrito el *cross-border shopping* dentro de la Unión Europea casi exclusivamente al ámbito de algunos productos sujetos a impuestos especiales: hidrocarburos y, especialmente, tabaco y alcohol.

3.1.3 La movilidad de las grandes fortunas

Tras apuntar las cuestiones más comunes en relación a la movilidad de los ciudadanos en la UE, en este apartado queremos señalar algunas cuestiones particulares respecto a una minoría de ciudadanos comunitarios que, por ser titulares de grandes fortunas (entendemos por tales los sujetos con grandes patrimonios o elevadas rentas, sin fijar umbrales concretos), suelen tener un comportamiento diferente en lo que a su movilidad se refiere.

Los Estados miembros se enfrentan a un importante dilema en lo que respecta a la tributación de las grandes fortunas residentes en su territorio. Por un lado, las exigencias inherentes a los principios de justicia tributaria más elementales invitan a gravar a estos sujetos con una presión fiscal más elevada que al resto de ciudadanos. En concreto, sería lógico que, conforme a los principios de progresividad o capacidad económica, la contribución de estos sujetos al sistema fuera superior a la media. Sin embargo, la aplicación estricta de estos principios choca frontalmente con el elevado riesgo de que estos ciudadanos, en ejercicio de su libertad de circulación, decidan trasladar su residencia a otro Estado miembro en que su patrimonio y sus rentas estén sujetos a una menor tributación⁷⁴.

⁷⁴ En los últimos meses ha saltado a la palestra el éxodo de varios franceses ciudadanos franceses de renombre. Estos cambios de residencia han sido muy tratados por la prensa generalista con una atención especial a la figura del actor Gerard Depardieu, que ha trasladado

El principal problema de estos supuestos es la que hemos querido denominar autosuficiencia asistencial o *self-welfare*. Para un ciudadano medio contribuir al sistema está vinculado a la obtención de un conjunto de contraprestaciones indirectas en forma de servicios públicos de gran valor: sanidad, educación, transporte e incluso el propio sistema de pensiones. Sin embargo, cuando un sujeto cuenta con una gran fortuna su contribución al sistema está siempre muy por encima de la utilidad que se obtiene de los servicios prestados por el mismo, unos servicios que por otro lado estos individuos suelen satisfacer independientemente recurriendo al sector privado. Se produce de este modo un desarraigo respecto al Estado de residencia, dado que se quiebra la premisa básica del modelo básico de TIEBOUT conforme a la cual un sujeto vincula los impuestos que paga a los servicios públicos que recibe⁷⁵.

Al margen de su posible traslado a paraísos fiscales o territorios con muy baja tributación (Suiza, Mónaco, Andorra, etc.), que puede ser objeto de algún tipo de medida antiabuso por parte del Estado original de residencia, no existen obstáculos al cambio de residencia dentro de la UE⁷⁶. Únicamente, podemos considerar como un obstáculo a este cambio de residencia el impuesto de salida vigente en algunos Estados miembros sobre las plusvalías latentes⁷⁷. No obstante, la jurisprudencia del TJUE parece haberse decantado plenamente en favor de los intereses ciudadanos cuando ejerzan esta libertad fundamental.

En conclusión, el previsible desarraigo, el potencial ahorro fiscal y la posibilidad de neutralizar los costes económicos del traslado provocan que estos ciudadanos se cuenten entre los más móviles de la UE, siendo

supuestamente su residencia al municipio de Néchin, en Bélgica. Resulta muy descriptiva en este sentido la noticia: “Obélix y la marmita belga”, *El País*, 23 de diciembre de 2012.

⁷⁵ Para una mayor explicación de este modelo nos remitimos al apartado 4.2 del capítulo primero.

⁷⁶ Nos remitimos al análisis de la cuestión en el apartado 2.2.2 del capítulo cuarto, donde matizaremos esta afirmación.

⁷⁷ Abordaremos con cierto detalle la situación de los impuestos de salida al analizar el tratamiento jurisprudencial a la libertad de establecimiento en el apartado 6.3.2 de este mismo capítulo.

especialmente sensibles al factor fiscal⁷⁸. Sin duda alguna, son el grupo de ciudadanos que puede beneficiarse con mayor facilidad del arbitraje fiscal entre jurisdicciones. En el capítulo cuatro examinaremos con más detalle algunos regímenes y medidas específicamente vinculados a este grupo de ciudadanos en el marco de la UE.

3.2 La movilidad del capital

3.2.1 La inversión directa y la inversión en cartera

Si en estos momentos hay un factor móvil en la economía mundial ese es, sin duda, el capital. Entendido éste como el flujo de inversiones y sus respectivos réditos, tanto en forma de inversión directa, como la inversión a través de una cartera de activos financieros, expresiones para las que se emplean los términos ingleses: FDI, *Foreign Direct Investment*⁷⁹ y PI, *Portfolio Investment*⁸⁰, respectivamente. En síntesis, la FDI abarca las inversiones a través de las cuales se produce la instalación directa en otro Estado o bien se toma el control o se adquiere una posición de poder en una empresa ya establecida. En cambio, la PI únicamente persigue la inversión en diversos activos financieros o en acciones de empresas foráneas sin que exista tal posicionamiento estratégico.

⁷⁸ Un caso excepcional que contradice este desarraigo son las dieciséis grandes fortunas francesas que pidieron contribuir con más impuestos. Véase: "Seize grandes fortunes qui veulent payer plus d'impôts", *Le Parisien*, 23 de agosto de 2011.

⁷⁹ Según el glosario de términos del documento del Banco Mundial *Investing Across Borders 2010. Indicators of foreign direct investment regulation in 87 economies*: "FDI is a category of cross-border investment that involves residents of one economy obtaining a lasting interest in an Enterprise located in another economy. A lasting interest is commonly understood to involve at least 10% of ordinary shareholding or voting power. In effect, FDI need not entail much transfer of funds and can involve a firm bringing its brand, technology, management, and marketing strengths to bear on its local interest". Véase: *Investing Across Borders 2010. Indicators of foreign direct investment regulation in 87 economies*, World Bank, Washington, 2010, pág. 188.

⁸⁰ "Portfolio investment, in contrast to foreign direct investment, represents passive holdings of securities such as foreign stocks, bonds, or other financial assets and does not convey significant control over the management or operations of the foreign firm". *Ibidem*, pág. 189.

La eliminación de los controles de cambio, la liberalización de los mercados financieros permitiendo la entrada y exportación de capitales, la proliferación de convenios para evitar la doble imposición o la revolución tecnológica son solo algunos de los factores que han contribuido a hacer el capital un factor más que móvil, *volátil*⁸¹.

Los condicionantes para el traslado de capital a una jurisdicción varían en función del tipo de inversión. Así, la FDI normalmente es llevada a cabo por empresas que persiguen la obtención de rentas económicas mediante su implantación en la economía real del país (directamente o a través de la toma de control de otras empresas)⁸². Por tanto, exige un clima de negocios óptimo, con estabilidad política y económica, mercados desregulados, seguridad jurídica, etc. El desarrollo de la economía y la propia globalización han contribuido a que la mayoría de los Estados hayan alcanzado estos *economic fundamentals*. En ausencia de otras diferencias, el factor fiscal adquiere un rol crucial en la atracción de la inversión exterior ya que determinará su rendimiento neto⁸³.

La atracción de *portfolio investments*, en cambio, resulta aún más sencilla ya que no existe una conexión con la economía real, sino que se concentra en la actividad financiera. Por tanto, apenas exige un mercado de capitales dinámico y una cierta estabilidad monetaria. Las inversiones en cartera son muy volátiles y se desplazan a lo largo de todo el mundo en busca

⁸¹ EDWARDS, C. y DE RUGY, V., "International Tax Competition", *op. cit.*, págs. 44-46.

⁸² Un motivo habitual para realizar FDI en otro Estado es la búsqueda de economías de escala o de alcance, que permiten la reducción del coste medio de los productos o servicios. GRAETZ, M. J. y GRINBERG, I., "Taxing International Portfolio Income", University of Yale, *Faculty Scholarship Series*, Paper 1616, 2003, pág. 549.. Por ello estas inversiones no son sustitutivas de las actividades de exportación, sino generalmente complementarias. Véase: DUNNING, J. H. y LUNDAN, S. M., *Multinational Enterprises and the Global Economy. Second Edition*, Edward Elgar, Cheltenham (Reino Unido), 2008, págs. 475-477.

⁸³ Así se constata en el análisis realizado por HINES de diferentes estudios sobre el particular, en que se pone de manifiesto la relevancia del factor fiscal. Véase: HINES, J. R., "Tax Policy and the Activities of Multinational Corporations" en AA.VV., *Fiscal Policy: Lessons From Economic Research*, director: Alan J. Auerbach, MIT press, Cambridge (MA); Londres, 1997, págs. 405-415. En el marco de la UE otros estudios también ratifican esta estrecha influencia, es el caso de: GORTER, J. y PARIKH, A., "How sensitive is FDI to differences in Corporate Income Taxation within the EU?", *De Economist*, Vol. 151, núm. 2, 2003, pág. 203. En nuestra opinión, la aproximación paulatina de los sistemas jurídicos y las economías europeas no hace sino incrementar la importancia del factor fiscal en la elección de la localización de las inversiones.

del mejor rendimiento dadas unas condiciones de riesgo⁸⁴. Son gestionadas generalmente por inversores profesionales que reaccionan rápidamente ante cualquier cambio en los parámetros de rentabilidad, incluido el componente fiscal⁸⁵.

La alta sensibilidad de estos movimientos de capital (tanto FDI como PI) ante cualquier cambio en la fiscalidad los ha hecho, evidentemente, el principal foco de competencia fiscal en el actual contexto de la economía globalizada⁸⁶. La otra cara de esta movilidad es la presión sobre los Estados para diseñar un sistema tributario adecuado a este contexto internacional, con medidas específicamente orientadas no ya simplemente a atraer, sino incluso a retener el *stock* de capital de la economía.

Del mismo modo, los resultados empresariales fruto de estas inversiones gozan de una gran movilidad y son canalizados a través de complejas estructuras societarias con el fin de minorar la carga fiscal. En este sentido, las sociedades *holding* o los precios de transferencia en operaciones intragrupo son vehículos de planificación fundamentales que hacen de las sociedades los principales participantes del arbitraje fiscal. En el capítulo quinto atenderemos a los problemas de competencia fiscal que han planteado algunos de estos regímenes, examinados con detalle en los trabajos posteriores al Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas.

⁸⁴ Al contrario que la FDI, la inversión en cartera sí es sustitutiva de la realizada en la propia economía. El único objetivo de este tipo de inversión es la obtención de la mejor rentabilidad por lo que los depósitos bancarios o la inversión en activos financieros realizada en otros Estados reduce las cifras potenciales de inversión en cartera en la economía interna.

⁸⁵ GRAETZ, M. J. y GRINBERG, I, "Taxing International Portfolio Income", *op. cit.* Curiosamente, uno de los primeros estudios sobre la sensibilidad de la inversión en cartera al factor fiscal tuvo un resultado negativo, observándose como los fondos de inversión no prestaban atención al impacto fiscal en sus socios. Véase: DICKSON, J. M. y SHOVEN, J. B., "Ranking Mutual Funds on an After-Tax Basis", *NBER Working Paper*, núm. 4393, 1993, pág. 25.

⁸⁶ EASSON, A., "Tax Competition and Investment Incentives", *EC Tax Journal*, Vol. 2, núm. 2, 1996-97, pág. 66; VALLÉE, A., *Les systèmes fiscaux*, Seuil, Paris, 2000, pág. 204.

3.2.2 La movilidad de las actividades productivas

La globalización ha contribuido también a incrementar la movilidad de las actividades productivas, puesta de manifiesto en la reubicación de los centros de producción de las grandes multinacionales en Estados con mano de obra y materias primas más baratas, aunque hayan mantenido sus oficinas centrales en sus países de origen. En no pocas ocasiones, sin embargo, esta deslocalización productiva ha estado incentivada por un tratamiento jurídico-tributario muy ventajoso que ha dado lugar al uso de la terminología “*productions tax havens*” para referirse a las jurisdicciones que ofrecían un clima propicio para el traslado de estas actividades⁸⁷.

Aunque estemos ante un supuesto particular de atracción de FDI, creemos que merece un trato especial por cuanto se trata de una verdadera deslocalización de inversión (no complementaria a la inversión doméstica y en detrimento de otro Estado) y que, en no pocas ocasiones, se ha visto incentivada por importantes privilegios, generalmente de índole tributaria. Cuando estos beneficios se circunscriben únicamente a los no residentes se genera el fenómeno conocido como *ring-fencing* o estanqueidad.

Esta situación puede dar origen a una práctica de competencia fiscal perjudicial, como veremos posteriormente, ya que ensalza la competitividad de un territorio mediante una discriminación inversa en favor, generalmente, de multinacionales que no contribuyen de manera equiparable al sostenimiento de los servicios públicos de que se benefician⁸⁸.

Dentro de la Unión Europea, se ha avanzado mucho en los últimos años para eliminar estos regímenes derogatorios orientados fundamentalmente a

⁸⁷ Esta deslocalización, por tanto, no solo se ha producido a países en desarrollo como China o India, sino que también ha incluido a países más desarrollados que ofrecían paquetes de incentivos especiales para atraer actividades productivas o administrativas como es el caso de Bélgica, Irlanda o Israel. La principal particularidad de estos “production tax havens” es que las empresas trasladan su estructura real, con lo que los beneficios en forma de creación de empleo e inversiones son muy superiores que en los casos de mero traslado formal de la matriz o de determinados intangibles. AVI-YONAH, R. S., “Globalization, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State”, *Harvard Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, núm. 4, 2000, págs. 12-16.

⁸⁸ AA.VV., “Poder tributario y competencia fiscal”, *op. cit.*, págs. 241-242; MARTÍN LÓPEZ, J., “Competencia fiscal perjudicial...”, *op. cit.*, págs. 42 y 43.

atraer inversiones de otros Estados⁸⁹. Sin embargo, aunque el Derecho comunitario sí ha podido frenar en parte la que posteriormente denominaremos competencia entre regímenes, no ha sucedido lo mismo con las medidas generales que se aplican por igual a todas las empresas. De este modo, resulta muy difícil impedir que cada vez más plantas industriales se trasladen a los NEM que han dibujado un clima de fiscalidad directa sobre las empresas y los trabajadores (a través de la instauración de *flat-tax*) que, ante la progresiva equiparación de las condiciones de vida, seguridad y estabilidad política, resultan muy atractivos para la deslocalización de actividades productivas.

3.3 Conclusiones: la movilidad condiciona la política tributaria de los Estados miembros

La UE constituye un proyecto de integración económica y política sin parangón en la historia de la humanidad. Por ello, al margen de posibles críticas a su labor, consideramos más que merecido el Premio Nobel de la Paz que le ha sido otorgado en el año 2012. Nunca debemos olvidar de dónde venimos. La UE ha sentado las bases para una paz duradera en el territorio donde nacieron los dos principales conflictos bélicos del siglo XX.

Este proceso de integración ha ido acompañado del reconocimiento de una serie de libertades fundamentales que pretenden crear las condiciones para la consecución de un mercado interno sin obstáculos para las empresas, los ciudadanos o el capital. A pesar de remover los obstáculos jurídicos, aún

⁸⁹ En este caso, además de los trabajos del Código de Conducta, se ha empleado el instrumento de las ayudas de Estado para tratar de garantizar la adopción de decisiones de localización eficientes en el seno de la UE. Un caso paradigmático fue el impuesto del 10% vigente en Irlanda para las empresas de manufacturas hasta el 31 de diciembre de 2002 (para aquellas sociedades con derechos adquiridos el régimen pudo seguir en vigor incluso hasta el 31 de diciembre de 2010). A pesar de que este tipo especial fue aceptado por la Comisión en 1980 y fue extendido en 1990 sin reproche alguno, al hilo del Primer Informe Monti del cambio de orientación en el régimen de ayudas de Estado, la Comisión procedió a reexaminar el régimen irlandés. Fruto de las negociaciones, Irlanda derogó este tipo especial selectivo y adoptó el actual tipo de tributación general del 12,5 %, plenamente vigente desde 2003, que tanto revuelo causa entre la opinión pública y la doctrina. Para un análisis detallado de este proceso nos remitimos a la *Propuesta de medidas apropiadas con arreglo al apartado 1 del artículo 93 del Tratado CE en relación con el impuesto de sociedades en Irlanda*, 98/C 395/09, DOCE de 18 de diciembre de 1998.

persisten un conjunto de factores sociales o económicos que condicionan la movilidad de los operadores económicos. La principal evidencia de estos límites la encontramos en la escasa movilidad del factor trabajo.

En cambio, los ciudadanos sí se desplazan, a salvo de las limitaciones temporales y espaciales (menores en todo caso a las propias de un cambio de residencia permanente), a otros Estados miembros para realizar determinadas compras. A este fenómeno, denominado *cross-border shopping*, contribuye de manera crucial el factor fiscal; en concreto la gran disparidad de tipos en algunos productos sujetos a impuestos especiales que constataremos en el próximo capítulo.

Del mismo modo, también suponen una excepción aquellos sujetos con mayores rentas que por su elevada contribución al sistema y su capacidad para el *self-welfare*, experimentan un cierto desarraigo respecto a su jurisdicción de residencia. No es infrecuente que estos sujetos adopten estrategias más móviles condicionadas por el tratamiento fiscal de sus rentas. Una posibilidad estrechamente vinculada al acceso a un asesoramiento cualificado que les permite explotar las posibilidades del arbitraje fiscal entre ordenamientos.

Como veremos a lo largo de este trabajo, los ciudadanos potencialmente más móviles reciben generalmente un trato privilegiado⁹⁰. Una realidad que en el caso del tratamiento fiscal del capital es aún más evidente. Esta asimetría ya fue apuntada en el capítulo primero como uno de los principales efectos (problemas) de la competencia fiscal. Sin embargo, en el contexto global en que se inserta la economía europea resulta inevitable y necesario configurar esquemas de tributación sobre el capital suficientemente competitivos. Al mismo tiempo, en cambio, para sostener el Estado del Bienestar se exige un esfuerzo adicional a las rentas cuya escasa movilidad las convierte en víctimas perfectas. Un paralelismo perfecto con el trato que dispensa la naturaleza a un antílope herido o rezagado de la manada. *Selección natural, selección fiscal*.

⁹⁰ Sirva de ejemplo las bonificaciones en el precio del combustible ofrecidas en algunas regiones de Italia limítrofes con otros Estados miembros en los que existe un menor precio del combustible. Dado que estos ciudadanos son potencialmente móviles (tienen un claro incentivo económico para ello), el Estado les confiere un trato diferenciado con el fin de retener las bases imponibles derivadas de este consumo.

Esta realidad obliga a los Estados miembros con mejores servicios públicos a mejorar la conciencia ciudadana respecto al destino de su contribución al sistema. Por suerte, esta falta de conciencia respecto al valor de los servicios públicos no se combina con una alta movilidad del factor trabajo. De otro modo, la UE podría verse en la misma situación que los EEUU, país en el que los cambios de residencia de ciudadanos medios sí llegan a estar condicionados por factores fiscales. El resultado es que muchos Estados norteamericanos están inmersos en una dinámica por ofrecer un clima fiscal que reduce la capacidad recaudatoria de los impuestos sobre la renta⁹¹.

. Aunque es un escenario improbable en una Europa tan atomizada, la tensión que supondría este hecho sobre la estructura de la balanza fiscal de los Estados miembros nos invita a ser algo más cautos respecto a la construcción de una Europa sin barreras físicas ni jurídicas pero con 27 (y creciendo) sistemas fiscales autónomos.

4. LOS CRITERIOS DE TRIBUTACIÓN. EL EJERCICIO DEL PODER TRIBUTARIO POR LAS JURISDICCIONES

En el apartado 2 de este capítulo situamos la movilidad de las bases entre jurisdicciones y las diferencias de tributación como los dos elementos desencadenantes del arbitraje fiscal. Sin embargo, ya entonces apuntamos que existía un tercer factor clave: el criterio de tributación que determina qué jurisdicción grava cada base imponible. Con el fin de extendernos más en

⁹¹ Véase: DRENKARD, S. y HENCHMAN, J., "Background Paper", *Tax Foundation*, núm. 64, Octubre, 2012. En este documento, se realiza un recorrido por la tributación de todos los Estados norteamericanos y una de las cuestiones más subrayada es la existencia de nada menos que siete Estados sin tributación sobre la renta de las personas físicas: Alaska, Florida, Nevada, Dakota del Sur, Texas, Washington y Wyoming (los Estados con tipos más altos son Hawai, con un 11% o California con un 9,5%). El impacto de la tributación personal en Estados Unidos es mayor que en Europa por el empleo habitual de partnerships o la mayor preponderancia del trabajo autónomo (nada menos que 30 millones de declarantes del impuesto sobre las personas físicas habían obtenido rentas de actividades económicas en 2009).

relación a las disparidades consentidas por la deficiente armonización fiscal en la UE, hemos decidido anticipar el examen de este tercer factor.

Como ya hemos indicado, en ausencia de barreras a la movilidad, es lógico que los ciudadanos y empresas practiquen arbitraje fiscal, realizando sus inversiones o comprando sus bienes allí donde el régimen fiscal sea más ventajoso. Sin embargo, la existencia de diferencias impositivas y la creciente movilidad de los factores y actividades no explican por sí solas la existencia del arbitraje fiscal y, por tanto, el nacimiento de dinámicas de competencia fiscal. En este punto, se hace imprescindible atender a la complejidad del marco legal y a los diferentes sistemas de gravamen de las rentas transfronterizas presentes en la fiscalidad internacional. El sistema de tributación empleado, que determinará la jurisdicción o jurisdicciones que gravarán en cada supuesto las rentas transfronterizas, es fundamental para entender en qué situaciones los agentes podrán beneficiarse del arbitraje fiscal⁹².

4.1 Dos sistemas fundamentales para gravar las rentas transfronterizas. Principales efectos

En concreto, podemos distinguir dos sistemas fundamentales de reparto del poder tributario en situaciones transfronterizas, cuya diferencia estriba en qué jurisdicción ostentará la facultad de gravar la renta. Por un lado, tendríamos el sistema por el cual se acepta que el Estado donde se origina la renta es el que debe gravarla. En la fiscalidad directa este método recibe el nombre de tributación en la fuente, en la fiscalidad indirecta, tributación en origen⁹³. Como contraparte, estaría el sistema conforme al cual las rentas se gravan allí donde el contribuyente reside; en la fiscalidad directa este sistema

⁹² “Whether and to what extent cross-border mobility creates scope for international tax arbitrage, depends on the legal rules for taxing cross-border trade and income flows”. Véase: GENSCHER, P. y SCHWARZ, P “Tax Competition: a literature review”, *op. cit.*, pág. 342.

⁹³ Por ejemplo, se aplica el criterio de la fuente si un Estado grava los dividendos abonados por empresas nacionales a residentes en otros Estados miembros conforme a los tipos nacionales. Del mismo modo, se aplica la tributación en origen cuando el bien adquirido se grava con los tipos impositivos del Estado exportador.

recibe el nombre de tributación en el Estado de residencia, mientras que en la fiscalidad indirecta se conoce como tributación en destino⁹⁴.

La prevalencia de uno u otro criterio para gravar las rentas transfronterizas es fundamental, toda vez que el principio de tributación en el Estado de la fuente o en origen promueve que las decisiones económicas se adopten conforme a criterios fiscales. La explicación es sencilla: simplemente hay que tener presente que las inversiones o compras son valoradas por un sujeto económico en función de su rentabilidad o precio, una vez incorporado el factor impositivo.

De regir el principio de tributación en la fuente para las rentas procedentes de una inversión, esta se realizará en el Estado que ofrezca una mayor rentabilidad después de impuestos, por lo que es posible que el factor fiscal distorsione el emplazamiento del capital, siendo más atractivas las inversiones en Estados que impongan una baja presión fiscal sobre estas rentas. Lo mismo sucede con la adquisición de un bien. Si rige el criterio de tributación en el Estado de origen, el precio final estará influido por el factor fiscal, por lo que bienes idénticos (*commodities*) serían adquiridos en aquellos Estados que los sometieran a una menor presión fiscal.

El incentivo que representa la aplicación de este método para el desarrollo de una dinámica de competencia fiscal es innegable: un Estado puede compensar la falta de rentabilidad o de competitividad de sus inversiones o productos haciéndolos más atractivos mediante una reducción de la presión fiscal sobre los mismos⁹⁵. Indudablemente, a falta de valorar otros elementos, este escenario nos podría conducir a una potencial *race to the bottom*.

⁹⁴ El criterio de la renta mundial en el impuesto sobre la renta de las personas físicas es el mejor ejemplo de aplicación del criterio de residencia. Independientemente de dónde se obtengan las rentas éstas tributan en el Estado de residencia. Por otro lado, se aplica el criterio de destino en la fiscalidad indirecta cuando se aplican los tipos impositivos del Estado importador.

⁹⁵ Este planteamiento es coherente con la interpretación realizada por la nueva geografía económica de KRUGMAN, tal y como la presentamos en el apartado 4.5.1 del capítulo primero.

La aplicación del principio de residencia en una decisión de inversión anula en cambio las distorsiones creadas por el factor fiscal⁹⁶. Lo mismo sucede si se aplica la tributación en destino o en el lugar de consumo en la fiscalidad indirecta. Con este criterio, las decisiones de inversión y de compra reciben un trato fiscal neutral independientemente del Estado en que se realicen, siendo gravados de igual modo todos los residentes en un mismo Estado. La aplicación general del principio de residencia nos trasladaría de nuevo al modelo primigenio previsto por TIEBOUT, en que el único modo que tiene un sujeto de responder ante el factor fiscal es mediante un cambio de residencia (*voting with the feet*).

4.2 La búsqueda de la neutralidad en la tributación del capital

Como indicamos anteriormente, el capital en sus diferentes manifestaciones (FDI o PI) es el factor más móvil en el actual contexto de la economía mundial y europea. Por tanto, resulta de especial trascendencia alcanzar en la medida de lo posible una neutralidad fiscal en su tratamiento, de modo que se combata tanto la doble imposición (o doble no imposición) como cualquier otro motivo que condicione la toma de decisiones conforme a motivos exclusivamente fiscales⁹⁷.

Cuando un sistema está basado en el principio de tributación en la fuente ofrece neutralidad en la importación de capital (*capital import neutrality*, CIN), lo que indica que todas las inversiones realizadas en un territorio reciben el mismo tratamiento independientemente del Estado donde se traslade la

⁹⁶ Así lo expresa: SINN, H. W., "Tax harmonization and tax compensation in Europe", *op. cit.*, pág. 2. "In response to the high tax sensitivity, two protective devices have been developed in the past to prevent international commodity and capital flows from being governed by tax considerations. (...) The first device is the destination principle for indirect taxes (...) The second device is the residence principle for border crossing interest income flows".

⁹⁷ Como afirma DOS SANTOS, en un verdadero mercado único el único modo de evitar la existencia de distorsiones fiscales es a través de la instauración de una unión fiscal. En ausencia de la misma, imposible incluso en Estados federales, reconoce que nos embarcamos en la búsqueda de una *second best solution*. DOS SANTOS, A. C., "L'Union européenne...", *op. cit.*, pág. 47..

renta gravada⁹⁸. Para una plena realización de esta neutralidad, se exige que tanto los inversores nacionales como los extranjeros estén sometidos a un mismo tipo de gravamen efectivo y que los Estados de residencia de los inversores foráneos declaren exentas las rentas generadas en el extranjero (*exemption method*). La dificultad para que los Estados de residencia apliquen este método de exención, reconociendo este beneficio en favor de las rentas ya gravadas en otros Estados, provoca una doble imposición difícil de corregir.

Por otro lado, como indicamos anteriormente, la aplicación de este principio incrementa la relevancia del factor fiscal a la hora de determinar el emplazamiento del capital, siendo más atractivas las inversiones en Estados que impongan una menor presión fiscal. Dicho de otro modo, este criterio fomenta el arbitraje fiscal y el nacimiento de dinámicas de competencia fiscal entre jurisdicciones.

Un sistema basado en el principio de residencia persigue, en cambio, neutralidad en la exportación de capital (*capital export neutrality*, CEN). Es decir, todas las inversiones que realice un residente reciben el mismo trato fiscal, independientemente del Estado en que se realicen⁹⁹. Al contrario que la CIN, la CEN se puede conseguir de manera unilateral por el Estado de residencia, ya que aunque el Estado de la fuente grave la renta de capital obtenida, siempre puede alcanzarse la plena neutralidad garantizando un crédito fiscal a efectos internos por el impuesto abonado efectivamente en el extranjero. Es el conocido como método de imputación (*credit method*)¹⁰⁰.

⁹⁸ "CIN occurs when taxation is neutral with respect to the import of capital because domestic and foreign suppliers of capital to any national market obtain the same after-tax rate of return on similar investments in that market". Véase: Primer Informe Ruding, *Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation*, 1992, pág. 17.

⁹⁹ "CEN prevails where taxation is neutral towards the export of capital since investors in the capital-exporting country face the same marginal effective tax rate on income from similar investments, whether they are undertaken domestically abroad". *Ibidem*.

¹⁰⁰ Si existen límites que reducen la deducción por debajo del impuesto pagado efectivamente en el extranjero existirá doble imposición. En cambio, este método de imputación se puede complementar en ocasiones con otras cláusulas que permiten una mayor reducción de la tributación soportada. Una es el *tax sparing*, que permite la imputación de impuestos no pagados por haber gozado de una exención o bonificación en el Estado de la fuente y la otra es el *underlying tax credit* o imputación del impuesto subyacente, que permite eliminar la doble imposición económica internacional. Véase: COLLADO YURRITA, M. A., "Los criterios de sujeción a los ordenamientos tributarios", en AA.VV., *Estudios sobre fiscalidad internacional y comunitaria*, director: Miguel Ángel Collado Yurrita, Centro Internacional de Estudios Fiscales, Colex, Madrid, 2005, pág. 106. Una explicación clara de la diferencia entre ambos métodos

En este punto, retomamos la idea expresada anteriormente de que un esquema de tributación transfronteriza basado en la CEN, con tributación conforme al principio de residencia en la fiscalidad directa y al principio de destino o lugar del consumo en la fiscalidad indirecta, es el mejor punto de partida para reducir las posibilidades de arbitraje fiscal por los ciudadanos y empresas y, por tanto, las dinámicas de competencia fiscal entre jurisdicciones¹⁰¹.

4.3 Conclusiones: los problemas para la aplicación del criterio de residencia y la CEN

De lo expuesto hasta ahora podemos extraer la conclusión de que la aplicación del criterio de residencia y la tributación en destino pueden limitar en gran medida las posibilidades de arbitraje fiscal, restringiéndolas al cambio de residencia. Sin embargo, como observaremos en el resto de este trabajo, la aplicación ideal de estos criterios no suele ser posible. Si combinamos estos desfases con la alta movilidad de algunas bases como el capital y con las inevitables diferencias de tributación entre los Estados de la UE, tenemos las condiciones necesarias para que surjan posibilidades de arbitraje fiscal.

(exención e imputación) la encontramos en: RUBIO GUERRERO, J. J., “Los principios básicos de la fiscalidad internacional y la doble imposición internacional”, en AA.VV., *Manual de Fiscalidad Internacional*, director: Teodoro Cordon Ezquerro, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, págs. 57 y 58.

¹⁰¹ Esta misma opinión la recoge AVI YONAH: “CEN appears still to be the best guide for taxing cross-border investments, both in the case of portfolio investment and of FDI. Neither the economic nor the political arguments against it are persuasive. Thus, to the extent that tax competition leads to undertaxation of cross-border income compared to domestic income, (...) CEN leads to the conclusion that steps should be taken to curb such tax competition”. Véase: AVI-YONAH, R. S., “Globalization, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State”, *op. cit.*, pág. 34. En el mismo sentido se expresa también MARTÍN BENÍTEZ, que afirma: “el método de exención comporta el riesgo de una mayor competencia fiscal entre los Estados, riesgo que se evitaría con el método de deducción. Esto es, aunque el método de exención favorece la movilidad de capitales más que el método de imputación, este último evita que estos movimientos de capitales se produzcan por razones puramente impositivas lo que parece coherente en un entorno como el comunitario en el que se pretende que las decisiones de los agentes económicos no se vean condicionadas por cuestiones impositivas, sino que se fundamenten en la mayor eficiencia y rentabilidad de unas alternativas sobre otras”. Véase: MARTÍN BENÍTEZ G., “Fiscalidad de los dividendos transfronterizos en la Unión Europea: sobre la adecuación de la normativa española al Derecho comunitario”, *Revista de Contabilidad y Tributación. Comentarios. Casos prácticos*, núm. 271, 2005, pág. 24.

Aunque en los capítulos siguientes profundizaremos en los obstáculos para aplicar estos criterios en relación a los diferentes campos de la fiscalidad comunitaria, en este apartado queremos exponer brevemente algunas de las circunstancias que impiden la plena vigencia de los mismos.

En primer lugar, encontraremos supuestos en que, a pesar de aplicarse el criterio de residencia, la deducción que debe reconocer el método de imputación para alcanzar la CEN no se concede por la totalidad del impuesto abonado en el Estado de la fuente. Esta asimetría provoca una doble imposición que puede alentar el desplazamiento de los capitales a Estados en los que sí se consiga esta neutralidad. La red de CDI firmados por un Estado puede constituir un instrumento de competitividad, más importante incluso que otros elementos macro del sistema o que los regímenes fiscales concretos¹⁰². En este trabajo, por su limitación de enfoque, no realizaremos un análisis en profundidad de estos condicionantes, aunque su estudio en futuras investigaciones prometen interesantes resultados.

Otra circunstancia que impide la plena efectividad del criterio de residencia o de tributación en destino son las dificultades técnicas y jurídicas para disponer de la información necesaria para su aplicación. En palabras de GENSCHER y SCHWARZ, la CEN: “it is difficult to implement in practice because it requires information about foreign activities of domestic residents”¹⁰³. En definitiva, sin unos sistemas de asistencia mutua y de intercambio de información suficientemente desarrollados la aplicación del criterio de residencia o de tributación en destino puede promover situaciones de fraude. Así ha sucedido, por ejemplo, en las adquisiciones intracomunitarias en el IVA o en la (no) tributación de las rentas del ahorro provenientes de Estados en los que se mantenía el secreto bancario.

¹⁰² De hecho, la *Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible*, cuyo objetivo es mejorar la competitividad de la economía española en el medio-largo plazo, recoge expresamente en el artículo 71 la necesidad, confirmada en su rúbrica, de dar un impulso a la red española de convenios para evitar la doble imposición.

Artículo 71.

“Con el fin de favorecer la internacionalización de la economía española, garantizar la seguridad jurídica de las inversiones transfronterizas y luchar contra el fraude fiscal, España reforzará su red de convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal, y de acuerdos para el intercambio de información en materia tributaria.”

¹⁰³ GENSCHER, P. y SCHWARZ, P., “Tax competition: a literature review”, *op. cit.*, pág. 343.

Por último, hay que recordar que la aplicación estricta de ambos criterios, Estado de la fuente o de residencia, junto con los respectivos métodos de exención o deducción para corregir la posible doble imposición, persiguen en la práctica la consecución de diferentes tipos de neutralidad¹⁰⁴. En el fondo, corresponde a cada Estado tomar la decisión de qué tipo de neutralidad fomentará. Una decisión que, valga la redundancia, no será en ningún caso neutral y que suele estar vinculada a una serie de valores políticos, económicos y jurídicos¹⁰⁵. Así, los Estados con grandes mercados internos suelen ser más proteccionistas y apuestan generalmente por el criterio de residencia acompañado del método de imputación¹⁰⁶. En cambio, los Estados con economías más abiertas y que necesitan atraer capitales suelen apostar por la tributación en el Estado de la fuente o de origen y optan por el método de exención¹⁰⁷.

Al final, la convivencia de ambos criterios, junto con la cada vez más completa red de convenios bilaterales para evitar la doble imposición, deriva en una casuística y una complejidad enormes, que corren a favor de las grandes empresas y las grandes fortunas, únicas que pueden acceder al asesoramiento cualificado necesario para poder explotar las posibilidades de arbitraje fiscal que ofrece esta maraña normativa.

De todos modos, como veremos en los capítulos posteriores, cada manifestación de capacidad económica (consumo, renta personal, beneficios empresariales, etc.) se grava de un modo diverso. Por ello, dado que el criterio

¹⁰⁴ “Exemption and credit both start from neutrality, but from different neutrality concepts. Credit countries view the world from the home window (home neutrality). Exemption States, by contrast, view the world from the foreign trading post window”. TERRA, B. y WATTEL, P., “European Tax Law”, *Fifth Edition*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2008, pág. 99. Habla incluso la doctrina de que el objetivo de lograr ambas proyecciones de la neutralidad puede conducir a la *esquizofrenia* e incluso a desacreditar la neutralidad como criterio de imposición (la cursiva es nuestra): AA.VV., *Poder tributario y competencia fiscal*, *op. cit.*, pág. 269.

¹⁰⁵ DOS SANTOS, A. C., “L’Union européenne...”, *op. cit.*, pág. 49. La elección de uno u otro criterio desde parámetros económicos depende de las elasticidades de la oferta y la demanda de capital, una mayor elasticidad de la demanda recomienda la CEN, mientras que la CIN mejorará la eficiencia ante una mayor elasticidad de la oferta de capital. Véase: HORST, T., “A note on the optimal taxation on international investment income”, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, núm. 4, 1984, págs. 793-798.

¹⁰⁶ Es el caso de Estados Unidos, Japón, Reino, Italia, España o Alemania.

¹⁰⁷ Entre otros, Luxemburgo, Bélgica o los Países bajos.

de tributación es un factor fundamental para entender el desarrollo de la competencia fiscal, en los capítulos posteriores profundizaremos en la configuración de estos principios en la realidad fiscal de la Unión Europea.

Tras haber invertido el orden expuesto al principio del capítulo y analizar con anterioridad los criterios de tributación, ahora nos corresponde estudiar con un mínimo detalle el marco normativo concreto de la UE en lo que respecta al proceso armonizador, tanto de la fiscalidad directa como de la indirecta. Adicionalmente, observaremos la relevancia de la intervención del Tribunal de Justicia como elemento de cierre para dotar de coherencia al sistema. Una jurisprudencia cuyo alcance será clave para entender los límites a la actuación de los Estados contra la competencia fiscal perjudicial.

5. LAS DIFERENCIAS DE TRIBUTACIÓN. EL INSUFICIENTE PROCESO DE ARMONIZACIÓN DE LA FISCALIDAD COMUNITARIA

Una vez analizados los dos factores anteriores, resulta obligado realizar una exposición mínima sobre el proceso de armonización fiscal desarrollado en la UE. Aunque alcanzar una unificación absoluta de la fiscalidad comunitaria es una quimera, resulta obvio que las grandes diferencias de tributación entre los Estados miembros, que incentivan el arbitraje fiscal de los agentes, tienen su origen en las carencias del proceso de armonización fiscal en la UE. En este apartado podremos comprobar la frase que puede servir de marco a cualquier trabajo de esta índole: *donde no llega la armonización aparece la competencia*¹⁰⁸.

¹⁰⁸ El único problema de esta competencia no es la incidencia recaudatoria, como vimos en el capítulo primero, sino el peligro que supone para la consecución de los principios de justicia tributaria y para el propio ejercicio autónomo del poder tributario de los Estados.

5.1 Los conceptos de unificación, armonización y coordinación

La creación de la Unión Europea ha ido acompañada de un proceso de aproximación normativa entre los Estados miembros que en el ámbito fiscal se ha visto frenada por las reticencias de los Estados a ceder mayores cotas de soberanía a las instituciones comunitarias en relación con la imposición directa¹⁰⁹.

No obstante, la plena consecución del mercado único plantea la necesidad de remover una serie de obstáculos fiscales¹¹⁰. Con el objetivo de eliminar estos obstáculos, la Unión Europea ha iniciado desde su nacimiento un proceso de integración progresivo de los sistemas fiscales de los Estados miembros¹¹¹ que se ha venido a conocer como *armonización fiscal*, aunque

¹⁰⁹ Según KIEKEBELD, los Estados miembros, tras asumir una armonización casi total de la imposición indirecta, comenzaron a ver la fiscalidad directa como un instrumento útil (casi el único) para alcanzar objetivos socio-económicos y financieros. La inclusión en el Tratado de Maastricht del principio de subsidiariedad (artículo 5) no hizo sino enfatizar la débil posición de la Comunidad en este ámbito. Véase: KIEKEBELD, B.J. “*Harmful tax competition in the European Union*”, *op. cit.*, pág. 36. En un sentido similar ya se pronunciaron en su día: CAYÓN GALLARDO, A., FALCÓN Y TELLA, R. y DE LA HUCHA CELADOR, F., *La armonización fiscal en la Comunidad Económica Europea y el sistema tributario español: incidencia y convergencia*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1990, págs. 29 y ss.

¹¹⁰ Existencia de gravámenes vinculados a la emigración de personas y sociedades así como a la circulación de bienes, servicios, beneficios o capital, diferencia de trato para los bienes y servicios domésticos frente a los importados; diferencia de trato entre residentes y no residentes y entre inversiones domésticas o extranjeras; doble imposición internacional de algunas bases; diferencias sustantivas entre las normativas nacionales que complican las actividades transfronterizas. Nos basamos en los obstáculos señalados por: TERRA, B. y WATTEL, P., “*European Tax Law*”, *op. cit.*, pág. 1.

¹¹¹ Como advierten CUENCA GARCÍA y LÓPEZ RODRÍGUEZ existen diversos factores que influyen en la determinación del grado y la forma de armonización y coordinación deseables. En primer lugar hablan de la distribución del poder tributario y destacan también el nivel de integración económica alcanzado: “una integración de mercados en una etapa inicial requiere medidas para eliminar los obstáculos tributarios que limiten la posibilidad de los agentes económicos y de los factores productivos de moverse libremente en el nuevo entorno económico, así como para evitar distorsiones en la asignación eficiente de los recursos que pueda evitar pérdidas de eficiencia. El establecimiento de una unión monetaria, con una moneda y las correspondientes políticas comunes, obliga a una mayor armonización y coordinación de las políticas fiscales y a una convergencia de las obligaciones tributarias de mayor intensidad, puesto que las diferencias en las cargas tributarias potencian sus efectos nocivos en este contexto de tipo de interés común.” Véase: CUENCA GARCÍA, E. y LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., “El proceso de armonización fiscal e integración económica en la Unión Europea” en AA.VV., *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, Relator General: Adriano Di Pietro, CEF, Madrid, 2010, pág. 81.

para hacer referencia al mismo se han empleado diferentes términos¹¹². Para evitar confusiones, pasamos a aclarar el sentido en que usaremos los principales conceptos de unificación, armonización o coordinación, en función del grado de intensidad de intervención de las autoridades comunitarias.

La unificación es el grado máximo de aproximación legislativa, dado que promueve la creación de una normativa única para toda la Unión. Evidentemente, esta unificación eliminaría cualquier conato de competencia fiscal al acabar con las diferencias entre las normativas nacionales. Sin embargo, únicamente en el campo de la imposición indirecta parece que existe la posibilidad de acercarse a este logro¹¹³. La vigencia del principio de subsidiariedad, en cambio, excluye su aplicación al ámbito de la fiscalidad directa¹¹⁴.

Cuando empleemos el término armonización, lo haremos enfatizando su carácter instrumental, como proceso de resultado que tiene como objetivo la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros para alcanzar un grado mínimo de aproximación normativa que permita el adecuado funcionamiento del mercado común¹¹⁵. Como proceso de resultado, el vehículo

¹¹² Tal y como señala HINNEKENS, no existe uniformidad en la terminología empleada para calificar el proceso de intervención de las instituciones comunitarias en los sistemas fiscales de los Estados. Este hecho responde a los diferentes objetivos de dicha intervención, a los diferentes instrumentos empleados o a su grado de intensidad. Al no definirse en el Tratado corresponde a los Estados miembros definir su alcance. No siempre el objetivo de la intervención será la armonización de la legislación para la plena realización del mercado común (como en el caso del IVA); en otras ocasiones el objetivo puede ser simplemente la eliminación de distorsiones en la competitividad por las disparidades fiscales entre los Estados. Véase: HINNEKENS, L., "The Monti Report: the uphill task of harmonizing direct tax system of EC Member States", *EC Tax Review*, Vol. 1, 1997, pág. 39.

¹¹³ Encuentra su fundamento en el actual Artículo 113 del TFUE (antiguo artículo 93 TCE):

"El Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, adoptará las disposiciones referentes a la armonización de las legislaciones relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, los impuestos sobre consumos específicos y otros impuestos indirectos, en la medida en que dicha armonización sea necesaria para garantizar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior y evitar las distorsiones de la competencia".

¹¹⁴ KIEKEBELD, B.J. "Harmful tax competition in the European Union", *op. cit.*, pág. 38.

¹¹⁵ Así lo entiende también, por ejemplo, LAMPREAVE VÁZQUEZ, que considera la armonización "no como unificación de sistemas nacionales, sino como coordinación gradual de las normas reguladoras de carácter fiscal existentes en los veintisiete Estados miembros, con el objeto de establecer parámetros básicos, sin que ello suponga una homogeneización o unificación de legislaciones y mucho menos, la idea de un federalismo fiscal europeo". Véase: LAMPREAVE VÁZQUEZ, P., "La Competencia Fiscal Desleal en los Estados Miembros de la Unión Europea", *op. cit.*, pág. 32. La elección de esta acepción limitada está condicionada por el hecho de que

ideal para su ejecución es la directiva, dejando a las autoridades nacionales libertad para elegir la forma y los medios para su cumplimiento¹¹⁶. Los límites con la coordinación son a veces confusos, pues la armonización no deja de ser una fórmula de coordinación, materializada en disposiciones legales y reglamentarias fruto del acuerdo entre los Estados¹¹⁷.

Por último, utilizaremos el término coordinación para hacer referencia a la intervención de las instituciones comunitarias combinando sus labores de supervisión y promoción, con un amplio espacio para la intervención de los Estados miembros. La coordinación suele materializarse a través de instrumentos no vinculantes¹¹⁸ para los que se ha venido empleando el apelativo de *soft law*¹¹⁹, en los cuales participan activamente tanto los Estados como la Comisión¹²⁰. En este supuesto, la soberanía fiscal de los Estados, lejos de ser un obstáculo para la consecución de los objetivos comunitarios, se transforma en su mejor baluarte¹²¹. Los Estados autolimitan su capacidad de acción a cambio de cesiones equivalentes por parte de otros Estados y con la

el objeto central de este trabajo será la fiscalidad directa, por ser en cuyo seno donde se desarrollan con más virulencia los procesos de competencia fiscal en la Unión.

¹¹⁶ *Ibidem*, págs. 59-60.

¹¹⁷ GONZÁLEZ-PÁRAMO, J. M., "Armonización y competencia fiscal en Europa: Situación actual, perspectivas e implicaciones para España", en AA.VV., *Nuevas fronteras de la política económica*, directora: Teresa García-Milà, Centre de Recerca en Economia Internacional, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2000, pág. 94.

¹¹⁸ Aunque también son un claro ejemplo de esta coordinación las Directivas en materia de asistencia mutua, 2010/24/UE del Consejo, de 16 de marzo de 2010, sobre la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos, derechos y otras medidas y 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE.

¹¹⁹ En un sentido similar, se pronuncia VILLAR ESCURZA: "la armonización fiscal constituye un concepto instrumental y dinámico al servicio del mercado interior que pertenece al plano jurídico". VILLAR ESCURZA, M., "El impacto de la jurisprudencia comunitaria en la armonización y coordinación fiscal", en AA.VV., *Unión Europea. Armonización y coordinación fiscal tras el Tratado de Lisboa*, director: Javier Lasarte Álvarez, coordinadores Francisco Adame Martínez y Jesús Ramos Prieto, Universidad Pablo de Olavide, Scuola Europea di Alti Studi Tributari, Sevilla, 2011, pág. 91.

¹²⁰ El impulso de esta forma de armonización, si bien iniciada, coordinada y supervisada a nivel comunitario, corresponde a los Estados, pues fundamentalmente los asuntos tratados son de su entera competencia, respetando así plenamente su soberanía y el principio de subsidiariedad. HINNEKENS, L., "The Monti Report: the uphill task of harmonizing direct tax system of EC Member States", *op. cit.*, pág. 43.

¹²¹ ALTINDAG, S., *La concurrence fiscale dommageable. La coopération des États membres et des autorités communautaires*, L'Harmattan, Paris, 2009, pág. 349.

garantía (o el miedo) de que la participación comunitaria puede activar en cualquier momento los instrumentos coactivos presentes en los Tratados¹²².

Como indicamos anteriormente, los términos de armonización y coordinación pueden llegar a emplearse indistintamente para hacer referencia a la acción no normativa de las instituciones comunitarias que desemboca en propuesta formales; ya que las acciones de coordinación pueden derivar en la creación de instrumentos estrictamente armonizadores como las directivas. Sin embargo, el uso del término coordinación, a nuestro modo de ver, permite enfatizar el respeto al principio de subsidiariedad y es mejor acogido por los Estados miembros¹²³.

Otra cuestión diferente es la conocida como *armonización negativa*, también denominada *armonización indirecta* o de *segundo grado*, entendida como la integración producida entre los sistema de los Estados a través de la acción prohibitiva de las instituciones comunitarias, principalmente a través del Tribunal de Justicia¹²⁴. El Tribunal asume la función de asegurar la uniformidad en la interpretación y aplicación de la normativa comunitaria (función nomofiláctica)¹²⁵. El papel de esta armonización negativa ha cobrado especial relevancia en el campo de la imposición directa, todo ello a pesar del escaso número de pronunciamientos en este campo en las primeras fases de construcción de la Unión¹²⁶. Como veremos posteriormente, la jurisprudencia

¹²² Como por ejemplo la normativa en materia de ayudas de Estado (arts. 107-109 TFUE) o las denuncias por incumplimiento del Derecho de los tratados (art. 258 TFUE)

¹²³ HINNEKENS, L., "The Monti Report: the uphill task of harmonizing direct tax system of EC Member States", *op. cit.*, pág. 44.

¹²⁴ Existen infinidad de trabajos que destacan el papel de la jurisprudencia comunitaria en la construcción del ordenamiento tributario comunitario. Destacamos: FALCÓN Y TELLA, R., "El papel de la jurisprudencia en la armonización fiscal europea", en AA.VV., *Sistema fiscal español y armonización europea*, Marcial Pons, Madrid 1995, págs. 33-54; VANISTENDAEL, F., "The role of the European Court of Justice as the supreme judge in tax cases", *EC Tax Review*, Vol. 3, 1996, págs. 114-122; HINNEKENS, L., "Recent trends in the case-law of the ECJ in the matters of direct taxation", *Era-Forum*, Vol. 7 (2), 2007, págs. 281-292; LANG, M., "Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions and Contradictions", *EC Tax Review*, 2009-3, págs. 98-113; BORJA, P. *Diritto Tributario Europeo*, Giuffrè Editore, Milan, 2010, págs. 115-129; BARREIRO CARRIL, M. C., "National tax sovereignty and EC fundamental freedoms: the impact of tax obstacles on the internal market", *Intertax*, Vol. 38, núm. 2, 2010, págs.105-113; VILLAR ESCURZA, M., "El impacto de la jurisprudencia comunitaria en la armonización y coordinación fiscal", *op. cit.*, págs. 91-100.

¹²⁵ BORJA, P. "Diritto Tributario Europeo", *op. cit.*, pág. 115.

¹²⁶ En el periodo 1978-2003 el número de pronunciamientos sobre impuestos directos fue de 16 (frente a las 136 sentencias en materia de IVA, las otras 100 de impuestos indirectos y

del Tribunal de Justicia constituye en la práctica el principal elemento armonizador de la fiscalidad directa.

Por último, queremos hacer mención al fallido *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, o “Constitución Europea”¹²⁷. Este proyecto, caído en desgracia tras el rechazo en 2005 por parte de dos Estados miembros de gran peso como Francia u Holanda en sendos referéndum, no aportaba modificaciones relevantes al cuadro institucional vigente hasta entonces en materia tributaria¹²⁸. Su fracaso provocó una cierta parálisis comunitaria solucionada parcialmente con el posterior *Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*, o Tratado de Lisboa, aprobado el 13 de diciembre de 2007, un texto que volvía a minusvalorar el papel de la fiscalidad en la realidad de la Unión¹²⁹. Desde entonces, sin embargo, la crisis económica y financiera

aduanas o las 77 sobre principios generales), apenas un 5% del total de sentencias en materia fiscal. En palabras de TERRA y WATTEL, la importancia posterior de esta jurisprudencia se justifica: “because of the scarcity of harmonization in that area and of the fact that national direct tax systems tend to distinguish between domestic-source income and foreign-source income, and between resident taxpayers and nonresident taxpayers, whereas the EC Treaty forbids all overt or covert discrimination against undertakings, capital and workers of other Member states”. TERRA, B. y WATTEL, P., “European Tax Law”, *op. cit.*, pág. 2.

¹²⁷ *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, 2004/C 310/01, 16 de diciembre de 2004.

¹²⁸ En este sentido resulta de especial trascendencia el Convenio internacional celebrado en Bolonia los días 28 y 29 de octubre de 2005, con el título “Per una Costituzione fiscale europea”. Como producto del mismo se publicó una obra colectiva con el mismo título en que se recogían las principales contribuciones. Casi unánimemente, los autores confirmaban que la aprobación de la Constitución Europea no hubiera supuesto apenas avances en el campo de la fiscalidad. En este sentido, entre otros: MEEUSEN, J. y PEETERS, B. “L’impatto della costituzione europea sull’imposizione: rinnovamento istituzionale o mantenimento dello status quo”, en AA.VV., *Per una costituzione fiscale europea*, a cura di Adriano di Pietro, Padova, 2008, págs. 55 y ss; CASALTA NABAIS, J., “Costituzione europea e fiscalità”, *ibidem*, págs. 379 y ss. y DI PIETRO, A., “Conclusioni per una costituzione fiscale europea”, *ibidem*, págs. 439 y ss. Con la perspectiva de que dota el paso del tiempo, consideramos que el bloqueo de este proyecto de Constitución, que relegaba la fiscalidad a un segundo plano, pudo ser positivo para poder reivindicar ahora pasos más firmes hacia la unión fiscal, especialmente en el contexto de crisis en el que escribimos estas líneas. El profesor LASARTE ÁLVAREZ ha afirmado en concreto que: “el proyecto de Constitución se limitaba básicamente a recoger y ubicar normas ya existentes en los Tratados sobre financiación de la Unión, armonización y coordinación fiscal, que venían siendo consideradas medidas insuficientes y superadas por la dinámica de la construcción del mercado interior”. Véase: LASARTE ÁLVAREZ, J., “Limitaciones de las normas de los Tratados sobre armonización y coordinación fiscal y exigencias de la situación actual de la Unión Europea”, en AA.VV., *Unión Europea. Armonización y coordinación fiscal tras el Tratado de Lisboa*, director: Javier Lasarte Álvarez, coordinadores Francisco Adame Martínez y Jesús Ramos Prieto, Universidad Pablo de Olavide, Scuola Europea di Alti Studi Tributari, Sevilla, 2011, pág. 25.

¹²⁹ De hecho, como recoge críticamente LASARTE ÁLVAREZ las propias disposiciones fiscales (artículos 110 a 113 del TFUE): “provocan decepción puesto que son en realidad simple

ha marcado la agenda comunitaria y ha colocado a la fiscalidad en el lugar que debe ocupar¹³⁰. Aunque aún parezca lejana, incluso en el seno de la zona euro, la Unión fiscal como proyecto a medio largo plazo ha entrado en la primera plana del debate sobre el futuro del euro y de la Unión y abre un largo itinerario en el que cualquier avance debe ser objeto de examen concienzudo por la doctrina. Tendremos trabajo.

En definitiva, parece que en el corto plazo los Estados mantendrán sus posiciones y se mantendrán, por tanto, las lagunas del proceso de armonización¹³¹. Unas lagunas que se traducen en asimetrías normativas y que constituyen el principal nicho para el nacimiento de dinámicas de competencia fiscal en la Unión, al fomentar la práctica de arbitraje fiscal por los agentes. Esta conexión se intensifica si dicha falta de armonización afecta a las bases que gozan de mayor movilidad. Mediante un análisis de las diferencias en los

transcripción de los ya existentes en la última versión consolidada del anterior Tratado, que procedían a su vez prácticamente de la versión inicial; hasta el punto de que su lectura produce la impresión de que ni siquiera se ha tenido en cuenta a la hora de redactar tan solemne documento que el mercado interior llevaba en funcionamiento casi 20 años”. Nos remitimos a la lectura de este trabajo para profundizar en la crítica a los escasos avances implementados en materia de armonización y coordinación fiscal por el TFUE. Véase: *Ibídem*, págs. 32 y ss. Entre estos defectos creemos significativo el hecho de que no se diera traslado al anterior artículo 293 del Tratado de la Comunidad Europea, relativo a la eliminación de la doble imposición en las relaciones entre los Estados miembros. Véase: HERRERA MOLINA, P. M., “Epitafio al art. 293 del Tratado de la Comunidad Europea: supresión de la doble imposición en el seno de la Comunidad”, en AAVV., *Justicia y Derecho Tributario* (coordinadores: Carmen Banacloche Palao, Julio Banacloche Pérez-Roldán y Begoña Banacloche Palao), La Ley, Madrid, 2008, págs. 645-665.

¹³⁰ Uno de los mejores ejemplos ha sido el reciente Pacto Fiscal Europeo o *Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria*, tratado internacional firmado el 2 de marzo de 2012 por 25 de los 27 Estados miembros (con excepción del Reino Unido y la República Checa) y que endurece las reglas de cumplimiento del equilibrio presupuestario, siguiendo la estela del *Reglamento (UE) núm. 1175/2011 de 16 de noviembre de 2011 por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 1466/97 del Consejo, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas*. Con este Pacto se puede considerar alcanzada una de las exigencias para alcanzar la hipotética Unión fiscal, un mayor control sobre el déficit de los Estados miembros. Estos pasos están esbozados en la comunicación del Presidente del Consejo Europeo Herman Van Rompuy “Towards a Genuine Economic and Monetary Union”, de 26 de junio de 2012, EUCO 120/12, PRESSE 296.

¹³¹ Especialmente significativa es la entrevista publicada en el portal especializado de noticias Europolitics en enero de 2013 con Algirdas Šemeta, comisario europeo de Fiscalidad y Unión Aduanera. En ella, aborda dos problemas fundamentales: la importancia de aprobar la Base Imponible Común Consolidada del Impuesto sobre Sociedades para afrontar los problemas de precios de transferencia en la UE, aunque exige su aplicación obligatoria a determinadas empresas y el mantenimiento del secreto bancario por Luxemburgo y Austria en el contexto de las presiones internacionales, tanto desde la UE como desde Estados Unidos, que exigirá su abolición *de facto* en los acuerdos de intercambio de información firmados a raíz de la FACTA (Foreign Account Tax Compliance Act). Véase: “2013, year of truth for EU tax harmonisation”, *Europolitics*, 28 de enero de 2013.

procesos armonizadores de la fiscalidad indirecta y la directa podremos entender por qué la competencia fiscal les afectará de diferente manera. De hecho, aunque profundizaremos en el capítulo tercero, apenas realizaremos una breve mención a la armonización de la fiscalidad indirecta, por ser un campo en que se ésta se encuentra ya muy avanzada (dejando poco espacio, en principio para el arbitraje y la competencia fiscal). En cambio, sí dedicaremos una mayor atención a la dubitativa armonización de la fiscalidad directa, cuyas lagunas serán el *agua que permite la subsistencia* de la competencia fiscal.

5.2 La armonización de la fiscalidad indirecta

El principal riesgo para el mercado común, como ya apuntaba el informe Neumark en 1962, es un sistema de imposición indirecta asimétrico que dificulte la libre circulación de bienes, servicios e incluso de los ciudadanos¹³². Por ello, este informe ya sentó las bases para el sistema común de IVA y el establecimiento de niveles mínimos de imposición para determinados consumos¹³³. El principal paso en esta armonización lo constituyó la

¹³² El Informe Neumark es el *output* del Comité Fiscal y Financiero de la Comisión de las Comunidades Europeas creado el 5 de abril de 1960 para dar respuestas al mandato del Tratado de Roma, que en su artículo 99 instaba a los Estados a examinar la mejor forma de armonizar las legislaciones estatales en materia de impuestos indirectos. En un primer momento este Informe planteaba un ambicioso plan dividido en tres etapas que concluiría con una armonización plena de los impuestos en la Unión corregida con un sistema de compensación financiera entre los Estados. Sin embargo, en su propio texto advertía que: “diferencias moderadas relativas a la naturaleza (estructura) y al tipo de los impuestos no entorpecen el libre juego de la competencia”. Véase: “Informe del Comité fiscal y Financiero de la Comunidad Económica Europea”, *Documentación Económica*, núm. 53, Comisaría del plan de desarrollo económico y social, Gabinete de Estudios, Madrid, 1965, pág. 25.

¹³³ Hasta la aprobación de la Sexta Directiva en 1977 se aprobaron un total de cinco Directivas que fueron creando progresivamente las condiciones para la existencia del sistema de IVA común que hoy conocemos. La *Primera Directiva 67/227/CEE del Consejo, de 11 de abril de 1967, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios*; la *Segunda Directiva 67/228/CEE del Consejo, de 11 de abril de 1967, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios*; la *Tercera Directiva 69/463/CEE del Consejo, de 9 de diciembre de 1969, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios*; la *Cuarta Directiva 71/401/CEE del Consejo de 20 de diciembre de 1971, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios* y la *Quinta Directiva 72/250/CEE del Consejo, de 4 de julio de 1972, en materia de*

aprobación en 1977 de la Sexta Directiva del IVA¹³⁴ por la que se instauraron, entre otras cuestiones, el régimen de deducción del impuesto, el hecho imponible o los conceptos de entrega de bienes y prestación de servicios. Posteriormente, la plena apertura de las fronteras en la Comunidad vigente a partir de 1 de enero de 1993 trajo consigo la aprobación de la Directiva 91/680/CE¹³⁵, que introdujo el esquema de las entregas y adquisiciones intracomunitarias y la Directiva 92/77/CEE¹³⁶, que recogió los acuerdos sobre armonización de tipos impositivos en el IVA, imponiendo a los Estados un tipo mínimo del 15%¹³⁷.

Esta armonización de la fiscalidad indirecta tiene sus bases sólidamente afincadas en el actual artículo 113 del TFUE y ha servido también como eje para la armonización de los impuestos especiales sobre el tabaco, las bebidas alcohólicas o los productos energéticos¹³⁸. Aunque existe cierta libertad por parte de los Estados para fijar los tipos, el régimen del IVA y de los impuestos especiales supone uno de los ejemplos más próximos a la unificación en la normativa fiscal europea.

la armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios.

¹³⁴ Sexta Directiva del Consejo, de 17 de mayo de 1977, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios. Sistema común del IVA: Base imponible uniforme (77/388/CEE). Derogada por la versión consolidada de las modificaciones previas, la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido.

¹³⁵ Directiva 91/680/CE, del Consejo, de 16 de diciembre de 1991, regula el régimen transitorio del Impuesto sobre el Valor Añadido en el mercado interior de la Comunidad Europea.

¹³⁶ Directiva 92/77/CE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, por la que se completa el sistema común del IVA y se modifica la Directiva 77/388/CE.

¹³⁷ La Directiva también dejaba margen a los Estados para que aplicaran tipos reducidos a una serie de productos, sin que pudieran ser inferiores al 5%, salvo algunas excepciones, e impedía el uso de tipos incrementados.

¹³⁸ Los impuestos especiales reciben tal nombre por gravar la producción o el consumo de bienes determinados. Estos impuestos, existían con diversa estructura y alcance en los Estados miembros antes de la creación del mercado único y, dada su repercusión directa sobre el precio de los bienes y servicios, eran susceptibles de influir de modo muy significativo en la circulación de bienes y servicios. Su potencial peligrosidad para el desarrollo adecuado del mercado obligó a un proceso armonizador a nivel comunitario que creara un marco jurídico común que permitiera equilibrar la soberanía nacional de los Estados con una cierta coordinación fiscal que obstaculizara el desarrollo de dinámicas de competencia fiscal entre los Estados miembros, que fijaban tipos muy diversos para una misma categoría de bienes. La piedra angular de este marco jurídico común para los impuestos especiales es la Directiva del Consejo 2008/118/CE, de 16 de diciembre de 2008, relativa al régimen general de los impuestos especiales, y por la que se deroga la Directiva 92/12/CEE. Este texto entró en vigor el 15 de enero de 2009 y es de plena aplicación en la Unión Europea desde el 1 de abril de 2010.

En definitiva, el intenso proceso de armonización de la fiscalidad indirecta ha limitado la interacción entre los Estados miembros a una competencia entre sistemas, basada en la fijación de los tipos impositivos generales, con muy escaso margen para la creación de regímenes específicos de tributación. Sin embargo, como veremos en el capítulo siguiente, esta aparente limitación de las posibilidades competitivas de los Estados no ha sido óbice para que los ciudadanos exploten las posibilidades de arbitraje fiscal que concede el esquema de tributación indirecta de la Unión. Para más detalles, nos remitimos al extenso estudio realizado en el capítulo tres acerca de este sector de la fiscalidad comunitaria.

Por último, antes de cerrar este apartado no queremos dejar de señalar dos novedades más recientes. En primer lugar, resulta obligatorio hacer mención a cómo la armonización ha promovido un proceso de desmantelamiento progresivo de la imposición indirecta sobre la concentración de capitales¹³⁹. La *Directiva 2008/7/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales*, a pesar de tener que admitir que el gravamen sobre las aportaciones de capital continuara en algunos Estados en que estaba vigente (entre ellos España¹⁴⁰), dio un paso adelante en la eliminación definitiva de esta forma de tributación al fijar una fórmula de no retorno en su artículo 7.2¹⁴¹. Como bien ha señalado

¹³⁹ La armonización de este ámbito de la fiscalidad data de 1969, año en que se aprobó la *Directiva 69/335/CEE del Consejo, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales*. En el año 1985 se introdujeron importantes cambios por medio de la *Directiva 85/303/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1985, por la que se modifica la Directiva 69/335/CEE relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales*, sustituida por la Directiva del año 2008.

¹⁴⁰ En concreto, el impuesto sobre las aportaciones en nuestro sistema se identifica con la modalidad de Operaciones Societarias del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, regulado en el Título II del Texto Refundido de la Ley de dicho tributo (artículos 19 a 26), aprobado por el *Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre* y desarrollado en el Título II del Reglamento aprobado por el *Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo* (artículos 54 a 65).

¹⁴¹ “Si con posterioridad al 1 de enero de 2006, un Estado miembro deja, en cualquier momento, de aplicar el impuesto sobre las aportaciones, no podrá reinstaurarlo”. Para un análisis de la importancia de esta Directiva y su contenido nos remitimos a: RAMOS PRIETO, J., “La armonización de la imposición indirecta sobre la concentración de capitales”, en AA.VV., *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, Relator General: Adriano Di Pietro, CEF, Madrid, 2010, págs. 225-232. El mismo autor realiza un estudio más exhaustivo sobre las repercusiones que la Directiva supuso para España tras la aprobación del Real Decreto-Ley 13/2010, en: RAMOS PRIETO, J., “La supresión

RAMOS PRIETO, la amplia exención contenida en el Real Decreto-Ley 13/2010 ha situado a España en este supuesto de hecho, por lo que se ha suprimido en la práctica de modo irreversible el gravamen sobre las aportaciones de capital en nuestro país¹⁴².

El otro aspecto que no podemos dejar de nombrar, son los avances en la implementación de un Impuesto sobre las Transacciones Financieras en la Unión Europea¹⁴³. Un impuesto que puede afectar seriamente a la competitividad de los mercados financieros europeos, al incidir sobre un factor de gran movilidad como es el capital. Las reticencias de muchos Estados miembros ha llevado el proyecto al ámbito de la cooperación reforzada¹⁴⁴, hecho que puede generar aún mayores riesgos de distorsión en el seno de la UE por promover asimetrías entre los Estados miembros. Deberemos estar atentos en los próximos meses a los derroteros que adopta esta cuestión.

Tras este breve análisis de la armonización de la fiscalidad indirecta, que ampliaremos en algunos aspectos en el capítulo siguiente, debemos profundizar en un campo mucho más espinoso y complejo como es la armonización de la fiscalidad directa en la UE. Dado que es un asunto que de por sí sería merecedor de un estudio independiente, vamos a tratar de

del impuesto sobre operaciones societarias: consideraciones críticas sobre una medida que no tiene vuelta atrás”, *Quincena Fiscal*, núm. 1/2012 - 2/2012. BIB 2012\88.

¹⁴² RAMOS PRIETO, J., “La supresión del impuesto sobre operaciones societarias: consideraciones críticas sobre una medida que no tiene vuelta atrás”, *op. cit.*

¹⁴³ *Propuesta de Directiva del Consejo, de 28 de septiembre de 2011, relativa a un sistema común del impuesto sobre las transacciones financieras y por la que se modifica la Directiva 2008/7/CE*, 28 de septiembre de 2011, COM (2011) 594 final. Para un análisis en profundidad de esta Propuesta, en especial de sus problemas de implementación véanse: DELMÁS GONZÁLEZ, F. J., “Propuesta de Directiva de Impuesto sobre Transacciones Financieras”, *Crónica Tributaria*, núm. 145, 2012, págs. 75-96; DIETLEIN, G., “National Approaches towards a Financial Transaction Tax and Their Compatibility with European Law”, *EC Tax Review*, 2012-4, págs. 207-211; HENKOW, O., “The Commission’s Proposal for a Common System of Financial Transaction Tax: A Legal Appraisal”, *EC Tax Review*, 2012-1, págs. 5-16; SANZ GÓMEZ, R. J., “Un impuesto sobre transacciones financieras para la Unión Europea: la propuesta de la Comisión: A financial transaction tax for the European Union: The Commission proposal”, *Quincena fiscal*, núm. 1-2, 2012, págs. 79-92.

¹⁴⁴ Esta iniciativa parte de la *Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito del impuesto sobre las transacciones financieras*, COM (2012) 631 final. Tras ser aprobada por el Parlamento el 12 de diciembre de 2012, recibió el visto bueno por el Consejo ECOFIN el 22 de enero de 2013. Véase: “Financial Transaction tax: Council agrees to enhanced cooperation”, 5555/13, 22 de enero de 2013, PRESSE 23. Esta iniciativa de cooperación reforzada compromete a 11 Estados miembros (Alemania, Austria, Bélgica, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Francia, Grecia, Italia, y Portugal) y está en espera de la propuesta definitiva de la Comisión que deberá ser aprobada unánimemente por todos los participantes.

circunscribir nuestra exposición a aquellos aspectos más íntimamente conectados con las condiciones de desarrollo de la competencia fiscal en la Unión.

5.3 La armonización de la fiscalidad directa

Cumplidos más de veinte años de mercado único, éxito alcanzando en gran medida por los avances en la armonización de la imposición indirecta, sería lógico que la UE apostase por continuar en la senda de la integración con avances en la armonización de la imposición directa. Sin embargo, los Tratados han obviado de manera sistemática esta posibilidad. De hecho, la aprobación del TFUE no ha supuesto ningún avance en materia de armonización y coordinación fiscal: reproduce preceptos que nos retrotraen a objetivos ya alcanzados¹⁴⁵ y obvia los retos a que se enfrenta la UE en el siglo XXI, dejando como único espacio para la armonización de la fiscalidad directa el procedimiento especial para la aproximación de legislaciones del artículo 115 TFUE, de difícil aplicación¹⁴⁶. Esta falta de fundamento directo en el Derecho

¹⁴⁵ En concreto, el artículo 113 TFUE se limita a reproducir casi íntegramente el precepto anterior (art. 93 TCE), que contempla únicamente la armonización de los impuestos indirectos “en la medida en que dicha armonización sea necesaria para garantizar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior y evitar las distorsiones de la competencia”. En cambio, se mantiene la exclusión explícita de las disposiciones fiscales del procedimiento del artículo 114 TFUE para la aproximación de legislaciones “que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior”. Este hecho “devalúa el papel de la armonización y coordinación tributaria como instrumentos al servicio del fortalecimiento y efectividad del mercado único europeo o da por supuesto que esos objetivos ya han sido suficientemente cumplidos (...) Pero no es así”. Crítica recogida en: LASARTE ÁLVAREZ, J., “Limitaciones de las normas de los Tratados sobre armonización y coordinación fiscal y exigencias de la situación actual de la Unión Europea”, *op. cit.*, pág. 34.

¹⁴⁶ Artículo 115 TFUE:

“Sin perjuicio del artículo 114, el Consejo adoptará, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior”.

Como señala MAGRANER MORENO, este camino para avanzar en la armonización de la imposición directa es tortuoso: “*primero*, las noras a armonizar de los Estados miembros debían incidir en el mercado común; *segundo*, la medida armonizadora debía ser necesaria (incidencia directa); *tercero*, solo se podía utilizar una medida en forma de directiva; y, *por último*, la medida debía adoptarse por unanimidad, por lo que se atribuía un derecho de veto a cada Estado miembro” (las cursivas corresponden al autor). A causa de ello, este instrumento ha

de los Tratados convierte la armonización de la imposición directa en un invitado incómodo que los Estados atenderán con recelo. Es meritorio, en todo caso, el activismo y voluntad de la Comisión por mantener una intensa agenda de propuestas para avanzar en esta materia.

5.3.1 El principio de subsidiariedad y la regla de unanimidad

Limitado el campo de acción para la armonización de la fiscalidad directa casi exclusivamente a la iniciativa de la Comisión por medio de directivas, debemos hacer referencia a dos obstáculos que han supuesto una gran losa para que se produjera cualquier avance significativo en este campo: el principio de subsidiariedad y la regla de la unanimidad.

El principio de subsidiariedad está previsto en el propio Tratado de la Unión Europea como criterio para ejercitar las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros, limitando la intervención comunitaria en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva a los casos en que “los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros (...) sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión”¹⁴⁷. Aunque este principio pueda encontrar un claro contrapeso en la

sido poco utilizado en detrimento de la que el profesor denomina “actividad pseudoarmonizadora comunitaria” ejercida por la Comisión (labor de coordinación) y por el TJUE (labor de armonización negativa o de segundo grado). Véase: MAGRANER MORENO, F. J., *La coordinación del Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2009, págs. 29-30.

¹⁴⁷ Artículo 5.3 TUE:

“En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión (...)”

Para una lectura más profunda sobre la pervivencia e influencia de este principio, en conjunción con el principio de proporcionalidad, nos remitimos a: BLÁZQUEZ NAVARRO, I. “La distribución de competencias económicas en la UE. Aplicabilidad de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.”, *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, núm. 820, Enero-Febrero, 2005, págs. 33-53.

posible aplicación de la doctrina de los poderes implícitos¹⁴⁸, finalmente solo ha podido ser sorteado mediante una estrategia de coordinación que involucrara tanto a los Estados como a la Comisión.

Por otra parte, la regla de la unanimidad para la adopción de decisiones en el Consejo se aplica a un gran número de materias con especial vinculación histórica a la soberanía de los Estados, entre ellas la fiscalidad. Existe una cierta preocupación porque esta regla pueda constituir un freno a una integración europea real¹⁴⁹. Sin embargo, como ha afirmado LÓPEZ ESPADAFOR, también supone una garantía para la propia política interna de cada Estado frente a posibles tendencias mayoritarias en el seno de la Unión, fiel reflejo del poder tributario de los Estados¹⁵⁰. Aunque han existido muchas voces que propugnaban su modificación¹⁵¹, esta regla pervive aún y, de nuevo, sólo la

¹⁴⁸ Esta teoría viene a sustentar la intervención comunitaria en ámbitos que no son de su competencia si ello resulta necesario para alcanzar los objetivos de la Comunidad. El respaldo legal se encuentra en el actual art. 352 TFUE, aunque en ningún caso pueda utilizarse para armonizar disposiciones expresamente excluidas de la armonización por los Tratados:

Art. 352

“1. Cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto, el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo. Cuando el Consejo adopte dichas disposiciones con arreglo a un procedimiento legislativo especial, se pronunciará también por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo.”

¹⁴⁹ “La Comisión recomienda que se generalice el voto por mayoría cualificada en el Consejo. En una Unión de veinticinco o más Estados miembros, la posibilidad de que uno sólo de ellos pueda vetar una acción de la Unión colapsaría rápidamente todo el sistema. En un mercado integrado es imprescindible que los agentes económicos puedan actuar en igualdad de condiciones (...) El principio de unanimidad también debería dejar de aplicarse a las cuestiones fiscales y sociales relacionadas con el buen funcionamiento del mercado interior”. Comisión Europea: *Comunicación de la Comisión sobre la arquitectura institucional. Para la Unión Europea. Paz, Libertad, Solidaridad*, 4 de diciembre de 2012. COM (2002) 728 final, pág. 6. En el mismo sentido ya se expresó también: Comisión Europea: *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento, Un proyecto para la Unión Europea*, de 22 de mayo de 2002, COM (2002) 247 final, pág. 6.

¹⁵⁰ LÓPEZ ESPADAFOR, C. M., “La regla de la unanimidad en la producción normativa comunitaria de carácter tributario”, *Nueva Fiscalidad*, núm. 6, 2005. VLEX-291306.

¹⁵¹ Especialmente clarificador resulta KIEKEBELD al mostrar su recelo al manteniendo de la regla de unanimidad con la ampliación de la Unión: “harmonisation of direct taxes should be done by majority vote. Especially with 10 new Member States joining the EU we believe that otherwise the progress that still has to be made will come to an end. This would mean that for direct taxes the enlargement may become a nightmare”. KIEKEBELD, B.J. “Harmful tax competition in the European Union”, *op. cit.*, pág. 139. Como solución, VANISTENDAEL ya propuso en su momento el cambio del voto por unanimidad por un sistema más democrático basado en mayorías y en el que un solo Estado no pudiera vetar cualquier decisión. Véase:

cooperación entre los Estados ha permitido sortearla para avanzar en la armonización de la imposición directa.

Si a estos dos obstáculos unimos la ya citada ausencia de un mandato específico en los Tratados que atribuya competencias específicas a la Unión en materia de imposición directa¹⁵², podremos entender por qué algunos de los mayores avances en este campo han tenido que producirse por vía de la intervención del TJUE (armonización negativa) cuando ha examinado en sus sentencias la adecuación a los Tratados de las normas tributarias de los Estados¹⁵³ y no a través de Directivas, que sí han constituido el eje de la armonización en la fiscalidad indirecta¹⁵⁴.

VANISTENDAEL, F., "Memorandum on the taxing powers of the European Union", *EC Tax Review*, Vol. 3, 2002, págs. 126 y ss.

¹⁵² GALLO, F. "Mercato unico e fiscalità: aspetti giuridici del coordinamento fiscale", *Rassegna Tributaria*, núm. 3, 2000, pág. 728. Como ya indicamos, actualmente la armonización de la fiscalidad directa únicamente puede encontrar su fundamento en el artículo 115 del TFUE (antiguo artículo 94 TCE) dentro del capítulo relativa a la "aproximación de legislaciones" cuyo espectro de actuación está en todo caso condicionado por la regla de la unanimidad.

¹⁵³ Ante la dificultad de avanzar en la armonización de la imposición directa, la Comisión ha tratado de obtener el máximo provecho de las sentencias de la Corte sobre el particular emitiendo frecuentemente Comunicaciones sin carácter vinculante en las que traslada a los Estados su interpretación sobre determinada jurisprudencia. En caso de que los Estados se desvíen de la línea interpretativa expresada en las Comunicaciones, la Comisión se reserva el derecho de iniciar un proceso de infracción conforme al artículo 258 del TFUE. Véase para un recopilatorio de asuntos: TERRA, B. y WATTEL, P., "European Tax Law", *op. cit.*, págs. 92-93. Sirva como ejemplo la *Comunicación de la Comisión, de 19 de diciembre de 2006, Imposición de salida y necesidad de coordinación de las políticas tributarias de los Estados miembros* [COM (2006) 825], en la que conminaba a los Estados a adaptar sus legislaciones a la línea jurisprudencial dibujada por las SSTJUE de 11 de marzo de 2004, *de Lasteyrie du Saillant*, asunto C-9/02 y de 7 de septiembre de 2006, *N*, asunto C-470/04. A raíz de dicha Comunicación la Comisión inició varios procedimientos de infracción, entre otros Estados, contra Portugal, España, Dinamarca o los Países Bajos. Para un examen más detallado sobre la materia de impuestos de salida nos remitimos a los posteriores apartados 6.3.2 y 6.4.2 en este mismo capítulo.

¹⁵⁴ El profesor GARCÍA PRATS ha empleado también el término *armonización negativa* para calificar el proceso de armonización de la fiscalidad directa en otro sentido. En concreto, según el autor, las Directivas en la materia han estado orientadas únicamente a eliminar obstáculos a la plena realización del mercado interior: determinar qué tributos no pueden exigirse, qué medidas para eliminar la doble imposición deben aplicarse o cómo debe diferirse el pago de impuestos por plusvalías para fomentar la integración de grupos de dimensión europea. Véase: GARCÍA PRATS, F. A., "Las medidas tributarias antiabuso y el derecho de la Unión", en AA.VV., *Las medidas antiabuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el derecho de la Unión*, directora: Maria Teresa Soler Roch, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002, págs. 184-185.

5.3.2 La armonización de la fiscalidad directa hasta 1992

A pesar de que no existía una base en el derecho de los Tratados para avanzar en la integración de la fiscalidad directa, este no ha dejado de ser un tema recurrente en la historia de la Unión. De hecho, ya en el informe *Neumark* y en los posteriores *Segré* (1966), *Van den Tempel* (1969) y *Werner* (1970) se apuntaba la necesidad de armonizar en un futuro la tributación sobre dividendos e intereses así como la estructura del impuesto sobre sociedades. El principal objetivo sería evitar que las diferencias entre los Estados pudieran incidir negativamente sobre la libre circulación de capitales¹⁵⁵. Esta preocupación, sin embargo, no era compartida por los Estados miembros, prueba de lo cual fue su rechazo a la *Propuesta de Directiva del Consejo relativa a un régimen común de retención a cuenta sobre los intereses*, de 8 de febrero de 1989, por la que se pretendía establecer un régimen común de retención a cuenta sobre los intereses no inferior al 15%¹⁵⁶.

Por todo ello, el número de normas imperativas en materia de imposición directa es muy escaso. Las primeras fueron las Directivas de 1976 y 1977 en materia de asistencia mutua en materia de cobro¹⁵⁷ y en el ámbito de los

¹⁵⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, S., FERNÁNDEZ DE SOTO BLAS, M. L. y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A. I., “La fiscalidad del ahorro en la Unión Europea: entre la armonización fiscal y la competencia de los sistemas tributarios nacionales”, *op. cit.*, pág. 17; LAMPREAVE VÁZQUEZ, P., “La Competencia Fiscal Desleal en los Estados Miembros de la Unión Europea”, *op. cit.*, pág. 33. De hecho, estos informes fueron la base para la ambiciosa Propuesta de Directiva de 1 de agosto de 1975 en materia de Impuesto sobre Sociedades en que se abogaba por la implantación de un tipo impositivo común en toda la Comunidad de entre el 45% y el 55% y un régimen común de retención en la fuente sobre los dividendos distribuidos del 25% (que constituiría un crédito en el Estado de residencia del perceptor). Dicha propuesta fue frontalmente rechazada por los Estados miembros al considerarla intrusiva en sus competencias. Véase: *Proposal for a Council Directive concerning the harmonization of systems of company taxation and of withholding taxes on dividends. Transmitted to the Council by the Commission on 1 August 1975. COM (75) 392 final*.

¹⁵⁶ Esta Propuesta de Directiva traía causa del mandato contenido en el artículo 6.5 de la *Directiva 88/361/CEE del Consejo de 24 de junio de 1988 para la aplicación del artículo 67 del Tratado* en que se instaba a la Comisión a presentar una propuesta para “suprimir o a atenuar riesgos de distorsiones, de evasión y fraudes vinculados a la diversidad de los regímenes nacionales referentes a la fiscalidad del ahorro y al control de su aplicación.”

¹⁵⁷ *Directiva 76/308/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1976, referente a la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos resultantes de operaciones que formen parte del sistema de financiación del Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola, así como de las exacciones reguladoras agrícolas y de los derechos de aduana.*

impuestos directos respectivamente¹⁵⁸. Sin embargo, ambas distan de ser un ejemplo de vocación unificadora ya que únicamente venían a reflejar el miedo de los Estados a perder potestades recaudatorias respecto a sus contribuyentes en el marco de las libertades de circulación¹⁵⁹.

Prácticamente, hasta una década después no se aprobaron nuevas Directivas con incidencia en la imposición directa. Entre ellas podemos señalar la *Directiva 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1988, sobre circulación de capitales entre los Estados miembros*; o las Directivas 90/434/CEE¹⁶⁰ y 90/435/CEE¹⁶¹, de 23 de julio de 1990; conocidas como Directiva de Fusiones y Matriz-Filial respectivamente; cuyo principal objetivo era favorecer la creación de grandes grupos empresariales europeos¹⁶². En los años posteriores, a salvo

¹⁵⁸ *Directiva 77/799 del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, sobre asistencia mutua de las autoridades de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos.*

¹⁵⁹ CUENCA GARCÍA, E. y LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., “El proceso de armonización fiscal e integración económica en la Unión Europea”, *op.cit.*, pág. 90.

¹⁶⁰ *Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros.* Posteriormente modificada por la Directiva 2005/19/CE, derogada a su vez por la actual versión consolidada, Directiva 2009/133/CE, de 19 de octubre de 2009. El objetivo de esta Directiva no era otro que diferir las plusvalías generadas en las operaciones de reestructuración empresarial de carácter transfronterizo para evitar que tributación inmediata impidiera adoptar decisiones eficientes y competitivas. Como afirma LÓPEZ RODRÍGUEZ: “la experiencia ha demostrado que la Directiva ha ofrecido un instrumento muy útil para facilitar los procesos de adaptación de las explotaciones empresariales a un mercado cambiante y globalizado. Es también evidente como ha extendido su influencia a la práctica fiscal interna de los Estados miembros, dotando a los sistemas fiscales de flexibilidad, de tal forma que facilitan el dinamismo de las organizaciones”. Véase: LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., “Comentarios a la Directiva del régimen fiscal de reorganizaciones empresariales”, *Crónica Tributaria*, núm. 116, 2005, pág. 112.

¹⁶¹ *Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes; modificada por la Directiva 2003/123/CE.*

¹⁶² Estas dos Directivas se aprobaron con la misma fecha que un convenio de arbitraje para facilitar el alcance de acuerdos en relación al valor de mercado en operaciones entre empresas vinculadas: *Convenio 90/436/CEE, de 23 de julio de 1990 relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de las empresas asociadas.* Estos tres instrumentos traen causa del Libro Blanco “Completing the Internal Market”, dirigido por la Comisión al Consejo en junio de 1985 que proponía una batería de medidas para eliminar las barreras físicas, técnicas y fiscales para la futura consecución del mercado interno entre los que destacaban favorecer las reestructuraciones societarias y ofrecer un marco favorable para las relaciones Matriz-Filial. La importancia de este paso adelante en la integración económica se destacaba con estas severas palabras en el documento: “Europe stands at the crossroads. We either go ahead – with resolution and determination – or we drop back into mediocrity. We can now either resolve to complete the integration of the economies of Europe; or, through a lack of political will to face the immense problems involved, we can simply allow Europe to develop into no more than a free trade area”. Y continúa: “To do less would be to fall short of the ambitions of the founders of the Community, incorporated in the Treaties; it would be to

de algunas recomendaciones en relación a las PYMES y a los no residentes¹⁶³, apenas se aprobaron nuevas iniciativas que permitieran avanzar en la armonización de la imposición directa. La exigencia de unanimidad para la transformación en directiva de cualquier propuesta y el recelo de los Estados a ceder mayores cotas de soberanía había provocado ya que la fiscalidad directa fuera el *patito feo* de la armonización.

5.3.3 La coordinación como solución. Un cambio de paradigma

Al margen de la relevante (aunque escasa) intervención del TJUE y de las Comunicaciones de la Comisión, nunca vinculantes pero que ponían a los Estados en guardia frente a posibles denuncias, los avances del proceso armonizador de la fiscalidad directa, entendido como el acercamiento de las legislaciones de los Estados miembros, estaban siendo muy limitados.

Sin embargo, a principios de los años 90 se recogió un importante hito con el encargo por parte de la Comisión a un comité de expertos independientes (que tomó su nombre de su presidente, el Ministro de Hacienda holandés Onno Ruding) de un informe para evaluar “the importance of taxation for business decisions with respect to the location of investment and the international allocation of profits between enterprises”¹⁶⁴.

betray the trust invested in us; and it would be to offer the peoples of Europe a narrower, less rewarding, less secure, less prosperous future than they could otherwise enjoy. That is the measure of the challenge which faces us. Let it never be said that we were incapable of rising to it”. Véase: Comisión Europea: *Completing the Internal Market*, COM (85) 310 final, pág. 55, pars. 219 y 222.

¹⁶³ Señalamos tres principalmente, la *Recomendación 94/79/CE*, de la Comisión, de 21 de diciembre de 1993, relativa al régimen tributario de determinadas rentas obtenidas por no residentes en un Estado miembro distinto de aquel en el que residen; la *Recomendación 94/390/CE*, de 25 de mayo, relativa al régimen fiscal de las pequeñas y medianas empresas y la *Recomendación 94/1069/CE*, de 7 de diciembre, sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas.

¹⁶⁴ Comisión Europea, Informe Ruding, *Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation*, Marzo 1992, págs. 9-10.

El conocido como *Informe Ruding*, vio la luz en marzo de 1992¹⁶⁵ y subrayó el peligro que las grandes diferencias existentes en materia de imposición de sociedades entre los Estados miembros podía suponer para el desarrollo del mercado interior, ya que influían en la localización de las actividades y podían falsear la libre competencia. Contra ello, proponía una armonización tanto de la base imponible del impuesto (para evitar la proliferación de deducciones, bonificaciones y regímenes especiales orientados a la atracción de las bases móviles) como del tipo impositivo, con una franja entre el 30 y el 40%¹⁶⁶. La Comisión, sin embargo, hizo oídos sordos de estas propuestas a pesar de valorar positivamente el trabajo realizado, al considerar que el avance en la armonización de diferentes aspectos de la base imponible vulneraba el principio de subsidiariedad y que, además, al fijar un tipo tan elevado en el impuesto sobre sociedades se podría crear una importante brecha en favor del endeudamiento frente a la financiación propia¹⁶⁷.

Los escasos avances, sin embargo, no significaban que existiera una menor preocupación en el seno de la Unión por las grandes disparidades fiscales y sus efectos sobre el mercado y la competencia entre los Estados miembros; más bien, esta pasividad era fruto de la falta de conciencia por parte de los Estados de la necesidad de adoptar una posición común para combatir estos efectos perniciosos.

Años después, debemos marcar en la agenda el día 20 de marzo de 1996, fecha en que vio la luz el documento de la Comisión “La fiscalidad en la Unión Europea” o Primer Informe Monti¹⁶⁸, por constituir en todos los sentidos

¹⁶⁵ Para un análisis exhaustivo de este documento nos remitimos a: GUTIÉRREZ LOUSA, M., “La armonización del impuesto sobre sociedades en el seno de la Comunidad Económica: el informe Ruding”, *Anuario jurídico y económico escorialense*, núm. 25, 1993, págs. 171-188; MARINI, P., “La concurrence fiscale en Europe; une contribution au débat”, *op. cit.*, Annexe II.4.; MARTÍN LÓPEZ, J., “Competencia fiscal perjudicial...”, *op. cit.*, págs. 152-155; o DOS SANTOS, A. C., “L’Union européenne...”, *op. cit.*, págs. 195-202.

¹⁶⁶ Informe Ruding, págs. 32-44

¹⁶⁷ Comisión Europea: *Commission Communication to the Council and to Parliament subsequent to the conclusions of the Ruding Committee indicating guidelines on company taxation linked to the further development of the internal market*, SEC (92) 1118 final, apartados 49 y 57.

¹⁶⁸ Comisión Europea: *La fiscalidad en la Unión Europea*, SEC (96) 487 final. El sobrenombre se lo debemos a que fue presentado por el Comisario Mario Monti a los ministros del ECOFIN en la reunión celebrada en Verona los días 12 y 13 de abril de 1996.

un punto de inflexión. El documento, presentado al Consejo ECOFIN, subrayaba tres retos fundamentales para la política de la Unión en el corto plazo:

- Estabilización de los ingresos fiscales de los Estados miembros
- Correcto funcionamiento del mercado interior
- Fomento del empleo

¿Por qué se señalan estos tres objetivos y no otros?

En los años anteriores a este documento los Estados miembros habían intensificado la creación de incentivos para atraer las bases de mayor movilidad¹⁶⁹ lo que ponía en claro peligro la estabilidad de la recaudación por estos conceptos al poder desencadenarse una *race to the bottom* en el afán de los Estados por ofrecer el régimen más favorable¹⁷⁰. Además, esta actitud hizo más patente la disfunción que para el funcionamiento del mercado suponía la existencia de tales distorsiones a la libre competencia, pues el elemento fiscal se erigía (frente a la eficiencia o la productividad) como el principal factor de localización de las inversiones¹⁷¹. Por último, la necesidad de sostener un Estado del Bienestar muy desarrollado obligó a los Estados a desplazar la carga impositiva hacia las bases menos móviles, *ergo* las rentas del trabajo e

¹⁶⁹ Una movilidad que no había hecho sino incrementarse con la entrada en vigor del Tratado de Maastricht el 1 de enero de 1993.

¹⁷⁰ En opinión de los autores, el hecho de que no se haya constatado empíricamente una caída de los ingresos tributarios de los Estados se debe al cambio estructural del sistema fiscal de los Estados miembros, que han compensado las pérdidas ocasionadas por la erosión de las bases móviles con un incremento de la carga impositiva sobre el trabajo por cuenta ajena (entre 1980 y 1993, el tipo tributario implícito aplicado al mismo aumentó, aproximadamente, un 20%). Véase: Comisión Europea: *La fiscalidad en la Unión Europea*, SEC (96) 487 final, pág. 4.

¹⁷¹ “El mercado único, junto con las cuatro libertades fundamentales de circulación en las que se basa, constituye la piedra angular de la integración europea (...) A medida que otros obstáculos reglamentarios y económicos van desapareciendo paulatinamente, la fiscalidad se percibe, con razón, como un factor residual de creciente importancia que impide alcanzar plenamente estos objetivos fundamentales”. Véase: (96) 487 final, pág. 6. Otros obstáculos señalados por el documento son el trato discriminatorio entre residentes y no residentes, la doble imposición de rentas personales y empresariales o la falta de coordinación en los flujos transfronterizos que dificultan los pagos transfronterizos de intereses y cánones o la transferencia de pérdidas registradas en establecimientos permanentes y filiales en otros Estados miembros.

inmobiliarias, un fenómeno que ya evaluamos en el primer capítulo¹⁷². Este trasvase de presión fiscal incrementaba los costes laborales y dificultaba el logro de las metas de pleno empleo marcadas por la Unión¹⁷³.

La solución propuesta por la Comisión, ante el obstáculo que suponía para la deseada armonización los omnipresentes principios de subsidiariedad y unanimidad, era la adopción de una estrategia de coordinación fiscal a escala comunitaria. Este cambio de paradigma, lejos de menoscabar la soberanía de los Estados, les permitiría retomar las riendas sobre su política fiscal a cambio de ceder pequeñas cotas de soberanía, con carácter voluntario, para la adopción de decisiones colectivas¹⁷⁴.

Como podemos observar, la Comisión entronca claramente la competencia fiscal con los déficit de la armonización. *Donde acaba la armonización empieza la competencia*. A través de una estrategia de coordinación se podían alcanzar acuerdos impensables en el campo de la fiscalidad directa, fundamentados en la cooperación entre unos Estados, inmersos hasta entonces en una inmovilidad que no hacía sino debilitar las teóricas ventajas del mercado único. Examinemos por tanto hasta dónde ha llegado esta estrategia de coordinación en la fiscalidad directa y qué espacios deja para el desarrollo de procesos de competencia fiscal en la Unión.

¹⁷² Véase el apartado 6.2 del capítulo primero.

¹⁷³ Entre las propuestas del *Libro Blanco sobre crecimiento, competitividad y empleo*, COM (93)700, estaba la de reducir la presión fiscal sobre el factor trabajo. Lejos de conseguirse, se constata un progresivo incremento de la carga tributaria que soportan las rentas del trabajo en las últimas dos décadas.

¹⁷⁴ Y es que en opinión de la Comisión: “La aparente defensa de la soberanía fiscal nacional ha llevado gradualmente a una pérdida real de la misma por parte de cada uno de los Estados miembros en beneficio de los mercados, a través de la erosión de la base imponible, especialmente de aquellos de sus componentes que disfrutaban de una mayor movilidad. Para contrarrestar este fenómeno, los diversos Estados miembros se han visto obligados, en mayor o menor medida, a gravar excesivamente el trabajo, lo que resulta contraproducente para el empleo y la distribución de la renta”. SEC (96) 487 final, pág. 10.

5.3.4 Resultados de la estrategia de coordinación: el “paquete Monti”

El cambio de estrategia en el seno de la Unión (*adiós armonización, bienvenida coordinación*) se corroboró en el Consejo ECOFIN de Verona en abril de 1996 en que los Estados aceptaron el nuevo rol de la Comisión como impulsora de la coordinación entre los Estados miembros. Tras la presentación del “Primer Informe Monti” se pactó la creación de un “Grupo de Alto Nivel” con representantes de todos los Estados miembros y presidido por el propio Monti para profundizar en los aspectos señalados por el primer documento y para dar cabida a los Estados. Pocos meses después (22 de octubre de 1996), la Comisión publicaba su documento “La fiscalidad en la Unión Europea – Informe sobre la evolución de los sistemas tributarios¹⁷⁵” o “Segundo Informe Monti”, con las conclusiones del citado Grupo.

El aspecto más interesante de este documento es que estaba abierto a la participación de los Estados miembros por lo que, aunque sea de modo genérico y sin especificar la postura de cada uno, podemos conocer sus impresiones respecto al proceso de coordinación que estos encuentros iniciaban. Finalmente, además, la Comisión dejaba constancia de sus propuestas para la continuación de este nuevo modo de “acción comunitaria”.

Pues bien, los Estados miembros no hacen sino constatar lo apuntado por el Primer Informe Monti: existe una clara preocupación por la deriva competitiva y los cambios que esta había originado en la estructura impositiva de los Estados¹⁷⁶, erosionando la recaudación proveniente de las bases más móviles por su traslado a Estados con regímenes jurídico-tributarios más ventajosos e incrementando la presión fiscal sobre el factor trabajo.

¹⁷⁵ Comisión Europea: *La fiscalidad en la Unión Europea – Informe sobre la evolución de los sistemas tributarios*, COM (96) 546 final.

¹⁷⁶ De hecho en el documento se contabiliza este efecto mediante la evolución de los tipos tributarios implícitos (ingresos fiscales divididos por la base imponible) de determinados factores. Así entre los años 1980 y 1994 el promedio comunitario del tipo tributario implícito aplicado al trabajo por cuenta ajena aumentó del 34,7% al 40,5%. Sin embargo, se aprecia una tendencia inversa en relación a otros factores (capital, trabajo por cuenta propia, energía, recursos naturales) en los que el tipo tributario implícito disminuyó del 44,1% al 35,2%. COM (96) 546 final, pág. 4, par. 2.3.

Entre las incertidumbres planteadas por los Estados estaba el miedo a un desarrollo fragmentario del Derecho comunitario en materia fiscal si no se complementaba la intervención del TJUE con otros instrumentos¹⁷⁷. No obstante, los Estados se centraron principalmente en proponer líneas de actuación en la lucha contra las prácticas fiscales perniciosas¹⁷⁸:

- definir con claridad qué se considera una medida tributaria desleal en el ámbito comunitario;
- aplicar las normas de competencia comunitarias en materia de ayudas de Estado;
- mejorar la coordinación entre los Estados y la Comisión con un intercambio más frecuente de información sobre la política y las medidas fiscales de los Estados.

La Comisión por su parte, recogió el guante lanzado por los Estados y aceptó la creación de un “Grupo de Política Fiscal” que sirviera de punto de encuentro para ofrecer una visión estratégica de la política fiscal y que pudiera proponer iniciativas para contribuir a la consecución de los objetivos de la Unión, entre ellos la problemática de la competencia fiscal¹⁷⁹. De este modo, escenificaba su cambio de paradigma, de defender la armonización de las legislaciones nacionales a aceptar una estrategia de coordinación fiscal mediante una cooperación más estrecha con los Estados miembros¹⁸⁰. Entre las iniciativas que se comprometía a adoptar la Comisión destacamos:

¹⁷⁷ COM (96) 546 final, pág. 7, par. 3.7.

¹⁷⁸ COM (96) 546 final, págs. 7-9, pars. 3.5 a 3.15. En este sentido, consideraron de utilidad poner en conexión los esfuerzos de la Unión contra la competencia fiscal con los trabajos que se estaban llevando a cabo en el seno de la OCDE. Aunque el primer Informe *Harmful Tax Competition. An emerging Global Issue* no viera la luz hasta 1998 el mandato de los ministros data de mayo de 1996. El contenido de este mandato nos da una idea de la vinculación entre ambas iniciativas: “*develop measures to counter the distorting effects of harmful tax competition on investment and financing decisions and the consequences for national tax bases, and report back in 1998.*”. Véase: OCDE: *Harmful Tax Competition. An emerging Global Issue*, pág. 6.

¹⁷⁹ COM (96) 546 final, pág. 14, par. 6.4.

¹⁸⁰ Destaca la relevancia de este cambio de postura de la Comisión: MARTÍN LÓPEZ, J., “Competencia fiscal perjudicial...”, *op. cit.*, págs. 163-166.

- Fomentar un acuerdo general sobre los tipos de medidas que resultan perjudiciales en un contexto comunitario, intensificando la coordinación y cooperación entre las autoridades fiscales (Código de buena conducta)¹⁸¹.
- Crear las condiciones fiscales óptimas de un mercado único suprimiendo los obstáculos a la actividad económica transfronteriza, entre otros, los pagos de intereses y cánones entre empresas asociadas¹⁸².
- Promover cambios en el ámbito de la fiscalidad del ahorro, por ejemplo a través del establecimiento de una retención en origen mínima¹⁸³.

El “Grupo de Política Fiscal”, conformado por los representantes de los Estados miembros y presidido por la Comisión, centró su trabajo en estas cuestiones y el 1 de octubre de 1997 la propia Comisión presentó la Comunicación “Hacia la coordinación fiscal en la Unión Europea – Paquete de medidas para hacer frente a la competencia fiscal perniciosa”¹⁸⁴, en que proponía adoptar a nivel comunitario “medidas que reduzcan las distorsiones del mercado único, impidan que se produzcan importantes pérdidas de ingresos fiscales e inviertan la tendencia a que la presión fiscal recaiga cada vez más sobre el trabajo, frente a otras bases fiscales más móviles”¹⁸⁵. La competencia fiscal era así vista como un fenómeno perjudicial cuando se centraba únicamente en los factores móviles, ya que no solo trasladaba una mayor carga fiscal sobre el empleo sino que limitaba la capacidad de los Estados para elegir su estructura fiscal más apropiada y lograr sus objetivos de déficit¹⁸⁶.

¹⁸¹ COM (96) 546 final, pág. 14, par. 6.5.

¹⁸² COM (96) 546 final, pág. 15, par. 6.10.

¹⁸³ COM (96) 546 final, pág. 16, par. 6.11.

¹⁸⁴ Comisión Europea: *Hacia la coordinación fiscal en la Unión Europea – Paquete de medidas para hacer frente a la competencia fiscal perniciosa*, COM (97) 495 final.

¹⁸⁵ COM (97) 495 final, pág. 2, par. 2.

¹⁸⁶ La propia Comisión valora positivamente la competencia en materia fiscal al considerar que “va en beneficio de los ciudadanos y presiona a la baja el gasto público”. El principal problema es la asimetría que impide una reducción estructurada de la presión fiscal global. Comisión Europea: *Hacia la coordinación fiscal en la Unión Europea – Paquete de medidas para hacer frente a la competencia fiscal perniciosa*, COM (97) 495 final, pág. 2, par. 3. Denuncian esta asimetría, entre otros: AA.VV., “Poder tributario y competencia fiscal”, op. cit., págs. 262-275

La consecución del mercado único y la cercana Unión Económica y Monetaria no hacían sino incrementar la importancia del factor fiscal en la adopción de las decisiones económicas; solo una mayor coordinación a escala de la UE podría paliar el conflicto que la competencia fiscal perjudicial estaba desatando¹⁸⁷.

El paquete de medidas, en consonancia con los compromisos del Segundo Informe Monti, estaría compuesto por:

- un Código de conducta sobre fiscalidad de las empresas, junto con una comunicación de la Comisión sobre las ayudas estatales de carácter fiscal;
- medidas para eliminar las distorsiones en la fiscalidad de las rentas del capital;
- medidas para eliminar la retención fiscal en los pagos transfronterizos de intereses y cánones entre empresas;
- medidas destinadas a eliminar las distorsiones importantes existentes en el ámbito de la fiscalidad indirecta.

Tras presentarse a debate en la reunión del Consejo ECOFIN del 13 de octubre de 1997 la Comisión elaboró una nueva Comunicación¹⁸⁸ en la que propuso de modo definitivo un paquete con las tres primeras medidas¹⁸⁹, prescindiendo de la cuarta y centrando así su labor de coordinación exclusivamente sobre la fiscalidad directa. Finalmente, el 1 de diciembre de 1997 el Consejo ECOFIN recogió en sus conclusiones el acuerdo de los Estados para que la Comisión presentara sendas propuestas de Directiva sobre la fiscalidad del ahorro y sobre los pagos de intereses y de cánones entre

¹⁸⁷ COM (97) 495 final, pág. 4, pars. 7 y 11.

¹⁸⁸ Comisión Europea: *Paquete de medidas para hacer frente a la competencia fiscal perniciosa en la Unión Europea*, COM (97) 564 final.

¹⁸⁹ La configuración de un paquete de medidas a aprobar conjuntamente resalta la importancia de adoptar una perspectiva coordinada en que todos los Estados cedieran en parte de sus pretensiones. En palabras de la Comisión: "Con el paquete de medidas existen más posibilidades de llegar a un acuerdo que si se abordara cada aspecto fiscal por separado. No obstante, el equilibrio entre la amplia y variada gama de intereses existente exige que todas las partes acepten un compromiso". COM (97) 564 final, pág. 4, par. 7.

empresas así como la esperada aprobación del Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas¹⁹⁰.

En un principio estas tres medidas estaban concebidas como un mismo paquete, el “Paquete Monti”. Sin embargo, sus procesos de desarrollo se separaron pronto. En un primer momento el Código fue el que tuvo una mayor repercusión, dado que en el mismo se preveía expresamente la creación de un Grupo que examinara las disposiciones de los Estados miembros conforme a los criterios de su texto¹⁹¹. En cumplimiento de este mandato, el “Grupo del Código de Conducta” o “Grupo Primarolo”¹⁹² presentó un informe al Consejo ECOFIN de 29 de noviembre de 1999 con sesenta y seis medidas consideradas perjudiciales divididas en seis grandes categorías¹⁹³. El desacuerdo de algunos Estados con esta evaluación (principalmente Luxemburgo, Holanda e Irlanda) pospuso en un primer momento la adopción por el Consejo del compromiso de no adoptar nuevas medidas similares (cláusula *stand-still*) así como la aceptación del calendario de desmantelamiento (*roll-back*) de las medidas señaladas.

A pesar de la insistencia por parte de la Comisión¹⁹⁴ haría falta un intenso proceso de negociación¹⁹⁵ para que finalmente en la reunión del

¹⁹⁰ Conclusiones del Consejo ECOFIN de 1 de diciembre de 1997 sobre política fiscal, DOCE C 2, de 6 de enero de 1998. Posteriormente haremos hincapié en el contenido concreto tanto del Código de Conducta como de las Directivas que tuvieron su germen en esta perspectiva de coordinación, ahora, sin embargo, nos limitaremos a ubicarlos dentro del esquema de armonización de la fiscalidad directa para observar sus carencias.

¹⁹¹ En concreto en la letra H. “El Consejo creará un Grupo para que evalúe las medidas fiscales que pudieran entrar en el ámbito de aplicación del presente Código y supervise la comunicación de información relativa a dichas medidas. El Consejo pide a los Estados miembros y a la Comisión que designen un representante de alto nivel y un suplente que les representen en el Grupo, que estará presidido por el representante de un Estado miembro. El Grupo, que se reunirá periódicamente, seleccionará y evaluará las medidas fiscales de conformidad con lo dispuesto en las letras E a G. El Grupo elaborará informes periódicos sobre las medidas evaluadas y los remitirá al Consejo para su consideración y, si éste lo juzga oportuno, para su publicación.”

¹⁹² En honor a la por entonces secretaria de Economía del Ministerio de Hacienda del Reino Unido que lo presidía.

¹⁹³ Servicios financieros, financiación de grupos y pago de cánones; seguro reaseguro y seguro de capitales; servicios intragrupo; sociedades *holding*; sociedades exentas y *offshore*; y otras medidas misceláneas.

¹⁹⁴ En su afán por concienciar a los Estados de la necesidad de avanzar en la eliminación de las medidas señaladas por el Grupo del Código de Conducta la Comisión no dejó de señalar este problema en sus diferentes documentos: Comisión Europea: *Política fiscal en la Unión Europea – Prioridades para los próximos años*, COM (2001) 260 final; Comisión Europea:

ECOFIN de 3 de junio de 2003 se aprobaran conjuntamente las *Directivas 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses y 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa al régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros* y el Informe del Grupo del Código de Conducta. El hecho de que se vinculase el destino de las Directivas con la aprobación del Informe en que se enumeraban las medidas perjudiciales fue un acierto, ya que contribuyó a que los Estados fueran más flexibles y estuvieran dispuestos a ceder desde sus posiciones iniciales en pos de un acuerdo común¹⁹⁶. Un éxito de estrategia que tuvo como resultado tres instrumentos fundamentales que supusieron un hito en la armonización de la imposición directa, aunque el camino para su aprobación supusiera una novedad en el desarrollo de la Unión Europea hasta entonces: la coordinación ¹⁹⁷.

El análisis sobre la importancia del Código de Conducta como medio de identificación y lucha contra la competencia fiscal en la UE lo posponemos

Hacia un mercado sin obstáculos fiscales. Una estrategia destinada a dotar a las empresas de una base imponible consolidada del impuesto sobre sociedades para sus actividades a escala comunitaria, COM (2001) 582 final.

¹⁹⁵ Entre algunas de las cesiones a los Estados “rebeldes” se encuentra la prolongación hasta el 31 de diciembre de 2010 del límite temporal para el desmantelamiento de algunas de las medidas señaladas por el Informe Primarolo, entre ellas los centros de coordinación belgas, las holding 1929 de Luxemburgo, los ingresos de fuente extranjera de Irlanda o la financiación internacional de Holanda.

¹⁹⁶ MORS. M., “Tax competition in Europe - an EU perspective”, en AA.VV., *Tax Competition in Europe*, coordinador: Wolfgang Schön, IBFD, Amsterdam, 2003, pág. 135. Además, la cercana adhesión de diez nuevos Estados miembros en 2004 pudo facilitar que la entonces UE-15 fuera más proclive a cerrar un acuerdo de mínimos. Así lo apunta: LAMPREAVE VÁZQUEZ, P., “La Competencia Fiscal Desleal en los Estados Miembros de la Unión Europea”, *op. cit.*, pág. 36.

¹⁹⁷ Posteriormente, en este campo únicamente se han aprobado Directivas que han venido a actualizar el régimen de la Directiva de Fusiones y la Directa Matriz-Filial: *la Directiva 2005/19/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005, por la que se modifica la Directiva 90/434/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros* (sustituida a su vez por la *Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro*) y la *Directiva 2003/123/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 2003 por la que se modifica la Directiva 90/435/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes*; que ha reducido paulatinamente la participación necesaria para quedar exonerado de retención del 25 al 10%.

hasta el capítulo cuarto, en el apartado relativo a la fiscalidad empresarial¹⁹⁸. En cambio, vamos a exponer a continuación el contenido más relevante de las Directivas 2003/48/CE y 2003/49/CE a efectos de nuestro estudio.

5.3.5 Las Directivas en materia de fiscalidad directa y la competencia fiscal

En este apartado vamos a hacer mención a algunos elementos de dos de las Directivas aprobadas en materia de fiscalidad directa en la Unión con relevancia para nuestro objeto de estudio. De este modo, vamos a examinar brevemente la Directiva 2003/48/CE sobre rendimientos del ahorro y la Directiva 2003/49/CE sobre intereses y cánones, teniendo presentes sus sucesivas modificaciones¹⁹⁹.

5.3.5.1 La Directiva 2003/48/CE, sobre la fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses

El 3 de junio de 2003, tras un largo proceso de negociación se aprobó finalmente la *Directiva 2003/48/CE sobre la fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses*, conocida con el sobrenombre de

¹⁹⁸ Como ya hemos hecho ver a lo largo de este trabajo, no nos vamos a centrar, como han hecho obras anteriores, únicamente en los instrumentos en la lucha contra la competencia fiscal en su concepción perjudicial, tal y como la define por ejemplo el Código de Conducta. Sin embargo, como hemos podido constatar hasta ahora y confirmaremos posteriormente, los escasos avances en materia de fiscalidad directa han estado muy influenciados por trabajos que señalaban el riesgo y los efectos de esta competencia fiscal dañosa en el seno de la Unión. Nos parece de recibo, por tanto, no apartar la lupa de esta cuestión y emplear estos instrumentos para contextualizar adecuadamente nuestro trabajo al margen de que realizaremos una mención explícita a los mismos en el capítulo quinto.

¹⁹⁹ Cuestiones de espacio nos obligan a prescindir del análisis de otras Directivas en el ámbito de la fiscalidad directa que también pueden influir parcialmente en los determinantes de la competencia fiscal. Tal vez la más importante sea la *Directiva 2011/116/UE, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE*, cuya entrada en vigor se ha producido el 1 de enero de 2013. Esta Directiva, al ahondar en los mecanismos de intercambio de información entre los Estados miembros está realmente dificultando la práctica de una competencia entre sistemas amparada en el secreto bancario y la falta de transparencia. Al prescindir de su análisis no queremos menospreciar la relevancia de este instrumento sino hacer patente la necesidad de delimitar espacial, material y temporalmente nuestro objeto de estudio.

Directiva del ahorro²⁰⁰. Su inclusión dentro del “Paquete Monti” junto con el Código de Conducta y la Directiva 2003/49/CE dio un impulso fundamental a la armonización de una materia en la que existían propuestas concretas sobre la mesa desde 1989²⁰¹.

En puridad, sin embargo, no estamos ante una Directiva que haya armonizado la tributación del ahorro, sino ante un instrumento para garantizar la imposición efectiva, a cualquier tipo, en el Estado de residencia del beneficiario efectivo.

El principal problema por el cual este campo de la fiscalidad entró dentro de la lucha contra la competencia fiscal perjudicial era que los Estados, amparados en la falta de instrumentos comunitarios para garantizar la tributación efectiva de los intereses recibidos por personas físicas, competían por atraer inversiones de capital de otros Estados miembros. Los Estados de la fuente, manteniendo ocultos estos rendimientos al Estado de residencia de sus inversores, sustraían estos rendimientos de la aplicación del criterio de renta mundial vigente en los Estados miembros y a la par se garantizaban un flujo de capital permanente que huía de la aplicación de tipos impositivos más elevados. No olvidemos la gran volatilidad de estos movimientos, especialmente en el seno de una UE construida sobre el pilar de la libre circulación de capitales.

En principio, la aplicación del criterio de tributación en el Estado de residencia eliminaría los incentivos para practicar arbitraje fiscal en el seno de la UE en lo que respecta al cobro de intereses. Sin embargo, la inexistencia de intercambio de información entre jurisdicciones provocaba en la práctica una

²⁰⁰ La Directiva se ha modificado posteriormente para su adopción por parte de los Estados miembros incorporados a la Unión Europea desde su aprobación: *Directiva 2004/66/CE, de 26 de abril de 2004* y *Directiva 2006/98/CE, de 20 de diciembre de 2006*.

²⁰¹ En concreto, la COM (89) 60 final, de 8 de febrero de 1989, *Tax measures to be adopted by the Community in connection with the liberalization of capital movements*. Esta primera propuesta contemplaba el establecimiento de una retención en el Estado de la fuente de al menos un 15% combinada con la imputación de la misma en el Estado de residencia del receptor. Esta Propuesta de Directiva venía a complementar desde un punto de vista fiscal la *Directiva 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1988, para la aplicación del artículo 67 del Tratado*, que en su artículo 6.5 preveía la formulación de propuestas por parte de la Comisión para “atenuar riesgos de distorsiones, de evasión y de fraude fiscales vinculados a la diversidad de regímenes nacionales referentes a la fiscalidad del ahorro y al control de su aplicación”.

concentración de estos capitales en los Estados que ofrecían bajos tipos de tributación en la fuente, generando una competencia fiscal entre sistemas basada en el secreto bancario y la falta de transparencia y lealtad entre administraciones.

Tras el rechazo de la primera propuesta²⁰², la Directiva 2003/48/CE pudo implantar el sistema de intercambio de información automático entre Estados miembros en materia de pago de intereses²⁰³. Sin embargo, hubo de reconocer a tres Estados miembros (Austria, Bélgica y Luxemburgo) un periodo transitorio durante el cual podrían aplicar una retención en la fuente sobre el pago de intereses a particulares, prescindiendo así del intercambio de información²⁰⁴. Esta excepción tenía su razón de ser en el riesgo a que la inexistencia de intercambio de información con otras jurisdicciones europeas (Suiza, Liechtenstein, Mónaco, Andorra o San Marino) u otros territorios dependientes o asociados, provocara una huida del capital hacia estas jurisdicciones en detrimento de estos tres Estados. Conforme al artículo 10 de la Directiva, este régimen transitorio finalizará cuando estos cinco territorios y Estados Unidos firmen con la UE acuerdos de intercambio de información previa petición conforme al modelo OCDE²⁰⁵. De hecho, hasta que no se pactó esta condición

²⁰² *Propuesta de Directiva del Consejo destinada a garantizar un mínimo de imposición efectiva de los rendimientos del ahorro en forma de intereses dentro de la Comunidad*, COM (1998) 295 final, de 4 de junio de 1998. Esta propuesta apostaba por garantizar una tributación efectiva mínima de los rendimientos del ahorro en forma de intereses dentro de la UE. Esta propuesta limitaba ya su ámbito subjetivo de aplicación a las personas físicas y estaba basada en un modelo optativo entre el intercambio de información o la retención en el Estado de la fuente.

²⁰³ El rechazo a la propuesta inicial fue superado en el Consejo Europeo de Santa María de Fiera, el 19 y 20 de junio del 2000. Bajo el paraguas de este acuerdo se reformuló la propuesta anterior y se propuso la COM (2001) 400 final, versión cuya aprobación dio lugar a la Directiva 2003/48/CE.

²⁰⁴ Este régimen transitorio, contemplado en los artículos 10-15 de la Directiva venía a respetar la tradición de secreto bancario vigente en estos tres Estados. Los tipos de la retención a practicar crecían cada periodo de tres años de vigencia de la Directiva, desde el 15% para los primeros tres años, al 20% para los siguientes y hasta el 35% vigente en la actualidad. De este porcentaje, el Estado que practica la retención debe transferir un 75% al Estado de residencia del beneficiario efectivo de los intereses.

²⁰⁵ Excepto a Estados Unidos, la Directiva exige a estos cinco Estados y territorios europeos que apliquen simultáneamente a este intercambio de información una retención a cuenta sobre la retirada de dichos pagos tal y como se recogen en el artículo 11 de la misma (35%).

para el fin del periodo transitorio no se dio *luz verde* a la entrada en vigor de la Directiva²⁰⁶.

Sin entrar en las consideraciones técnicas y en el funcionamiento de los instrumentos de retención e intercambio de información, sí que podemos afirmar que la Directiva, tal y como está redactada, es un instrumento limitado para luchar contra la competencia fiscal perjudicial. Bien es verdad que el sistema de intercambio automático de información, entre aquellos Estados en que está vigente, permite conocer los rendimientos obtenidos por los residentes en otros Estados miembros. Sin embargo, la configuración deficiente de los tres elementos clave de su régimen (beneficiario efectivo, agente pagador e intereses) ha provocado un conjunto de lagunas en su aplicación que permite esquivar fácilmente la tributación efectiva en el Estado de residencia de los intereses abonados a particulares, fin último de la Directiva²⁰⁷.

La culpa de la persistencia de estos errores, eso sí, reside más en el rechazo de Estados como Austria o Luxemburgo a eliminar el régimen transitorio, que a la falta de propuestas para su modificación. De hecho, en los últimos años se han presentado varios documentos en este sentido:

- Propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva 2003/48/CE en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses de 13 de noviembre de 2008, COM (2008)727.
- Propuesta de reforma de la Directiva 16473/1/09 REV 1, de 25 de noviembre de 2009 (presentada por la presidencia sueca al ECOFIN de 2 de diciembre de 2009).

²⁰⁶ MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. y CALDERÓN CARRERO, J. M., “La Directiva en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses”, en AA.VV., *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, coordinador: Nestor Carmona Fernández, CISS, Valencia, 2012, pág. 1384. Este aplazamiento se recogió en la Directiva 2004/587/CE del Consejo de 19 de julio de 2004, por la cual se modificaba el propio artículo 17.2 de la Directiva del ahorro.

²⁰⁷ Así se recoge en el considerando 8 de la misma: “El objetivo final de la presente Directiva consiste en permitir que los rendimientos del ahorro, en forma de intereses pagados en un Estado miembro a los beneficiarios efectivos, que son personas físicas residentes fiscales en otro Estado miembro puedan estar sujetos a imposición efectiva de conformidad con la legislación de este último Estado miembro”.

- Informe de la Comisión al Consejo de conformidad con el artículo 18 de la Directiva 2003/48/CE del Consejo en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses, de 2 de marzo de 2012, COM (2012) 65 final.

Las deficiencias de la Directiva que estas propuestas pretenden corregir han sido señaladas de manera insistente por la doctrina²⁰⁸. En lo que a nuestro estudio afecta, queremos empezar por destacar el limitado concepto de beneficiario efectivo²⁰⁹, que excluía los intereses percibidos por personas jurídicas y otras entidades del ámbito de aplicación de la Directiva. De este modo, esquivar la aplicación del intercambio de información o la retención es tan sencillo como interponer una entidad que sea titular de las inversiones²¹⁰.

Otro de las lagunas de esta Directiva ha sido la fácil deslocalización del agente pagador, entendiendo como tal el operador económico responsable del pago de intereses. Como advierte LAMPREAVE VÁZQUEZ, aunque el deudor y el beneficiario sean residentes en la UE, se puede evitar la aplicación de la

²⁰⁸ PASTORIZA VÁZQUEZ, J. S.: "La Directiva 2003/48/CE. Un nuevo paso hacia la armonización de la tributación de las rentas derivadas del capital en la UE", *Quincena Fiscal*, núm. 11, 2004, págs. 43-63; HERRERA MOLINA, P. M., "Los prisioneros y la mina de diamantes (Avances y limitaciones de la Directiva del Ahorro)", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 254, 2006, págs. 35-45; GUTIÉRREZ LOUSA, M., "La Directiva 48/2003/CE sobre fiscalidad del ahorro: la coordinación fiscal del capital en la Comunidad Europea", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 254, 2006, págs. 59-71; CHICO DE LA CÁMARA, P., "Los agujeros negros de la Directiva sobre fiscalidad del ahorro", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 254, 2006, págs. 3-9; LAMPREAVE VÁZQUEZ, P., "La Competencia Fiscal Desleal en los Estados Miembros de la Unión Europea", *op. cit.*, págs. 126-146; MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. y CALDERÓN CARRERO, J. M., "La Directiva en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses", *op. cit.*, págs. 1384-1404; SANZ GÓMEZ, R. J., *La lucha de los Estados contra la elusión fiscal en el contexto de la Unión Europea*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 182-189.

²⁰⁹ Conforme al artículo 2.1 de la Directiva 2003/48/CE: "por «beneficiario efectivo» se entenderá cualquier persona física que reciba un pago de intereses o cualquier persona física en cuyo beneficio se atribuya un pago de intereses, salvo en caso de que aporte pruebas de que dicho pago no se ha efectuado en beneficio suyo".

²¹⁰ De este hecho advierten, entre otros: PÉREZ ROYO, F., "La Directiva 2003/48/CE sobre fiscalidad del ahorro y su transposición al ordenamiento español", *Quincena Fiscal*, núm. 21-22; LAMPREAVE VÁZQUEZ, P., "La Competencia Fiscal Desleal en los Estados Miembros de la Unión Europea", *op. cit.*, pág. 138; SANZ GÓMEZ, R. J., "La lucha de los Estados contra la elusión fiscal en el contexto de la Unión Europea", *op. cit.*, págs. 184-185. Como observan MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN CARRERO, el artículo 2 de la Propuesta de Directiva COM (2008) 727 pretende dar solución parcial a esta problemática mediante un enfoque de "transparencia" que permita extender la condición de beneficiario efectivo a personas que participen en sociedades, *trusts*, fundaciones de paraísos fiscales, etc. Véase: MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. y CALDERÓN CARRERO, J. M., "La Directiva en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses", *op. cit.*, pág. 1425.

Directiva si se interpone un agente pagador establecido fuera de la Unión²¹¹. Con el objetivo de impedir estas acciones, las nuevas propuestas plantean extender el alcance del concepto de agente pagador a la par que clarifica su definición²¹². Igualmente, se pretende dotar al agente pagador de un papel más activo en la identificación de estructuras elusivas²¹³.

Por último, la Directiva inició su andadura con un ámbito de aplicación muy limitado, que ha permitido su elusión mediante algunos productos financieros complejos. De este modo, tanto las propuestas anteriores como el último Informe de aplicación de la Directiva 2003/48/CE, COM (2012) 65 final, apuestan por la ampliación de su ámbito de aplicación a todos los fondos de inversión, independientemente de su forma jurídica, a los derivados financieros, a los productos estructurados similares a créditos y a los seguros de vida que camuflen una inversión en activos equivalentes²¹⁴.

En resumen, el consenso doctrinal es claro a la hora de afirmar que la ambiciosa Directiva 2003/48/CE ha sido un instrumento limitado con serios problemas de aplicación y que resulta urgente su modificación²¹⁵. Empleando las atinadas palabras de DELMÁS GONZÁLEZ: “la directiva no ha satisfecho las expectativas previstas, ya que ni se abarcan ciertos instrumentos, que generan

²¹¹ LAMPREAVE VÁZQUEZ, P., “La Competencia Fiscal Desleal en los Estados Miembros de la Unión Europea”, *op. cit.*, pág. 139.

²¹² El artículo 4.2 de la Directiva 2003/48/CE define el agente pagador por extensión como “cualquier entidad establecida en un Estado miembro a la cual se paguen intereses o se atribuyan para disfrute del beneficiario efectivo”. Al respecto: MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. y CALDERÓN CARRERO, J. M., “La Directiva en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses”, *op. cit.*, págs. 1426 y 1429-1430; SANZ GÓMEZ, R. J., “La lucha de los Estados contra la elusión fiscal en el contexto de la Unión Europea”, *op. cit.*, págs. 186-187.

²¹³ En este sentido: DELMÁS GONZÁLEZ, F. J., “Análisis de la propuesta de modificación de la Directiva del Ahorro”, *Crónica Tributaria*, núm. 135/2010, pág. 92.

²¹⁴ *Informe de la Comisión al Consejo de conformidad con el artículo 18 de la Directiva 2003/48/CE del Consejo en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses*, de 2 de marzo de 2012, COM (2012) 65 final, págs. 10 y ss. Como conclusión, este Informe, recoge en unas líneas los problemas que hemos venido apuntando: “El análisis económico ha demostrado que es urgente actualizar la Directiva y los correspondientes acuerdos sobre fiscalidad del ahorro, en términos tanto de productos incluidos como de transacciones y operadores económicos cubiertos, a fin de combatir las posibilidades de elusión existentes, incluidas las que se derivan de situaciones triangulares que implican a jurisdicciones incluidas y no incluidas en el ámbito de los acuerdos sobre fiscalidad del ahorro.”

²¹⁵ Los datos son desesperanzadores. Las lagunas de la Directiva provocan que se pierda el 85% de la recaudación que debería obtenerse de Suiza por el sistema de retención. Véase: MORRIS, M., “How to remedy the Swiss-German tax loopholes”, 2012, Mimeo, pág. 2.

intereses que deberían estar dentro del ámbito de aplicación, (...) ni se aplica a las personas jurídicas, por lo que resulta sencillo eludir su aplicación”²¹⁶.

En lo que respecta a la competencia fiscal, la Directiva no pretendía incidir de manera frontal sobre la armonización de tipos en la Unión Europea, razón por la cual se desechó desde un primer momento cualquier exigencia de tributación mínima. Sin embargo, el intercambio de información y la tributación en el Estado de residencia son dos instrumentos útiles para eliminar los incentivos al arbitraje fiscal de los particulares, ya que aunque estos inviertan en Estados miembros con menores tipos de gravamen sobre los intereses, el método de imputación previsto provocará una neutralidad en la exportación de capitales, CEN, por lo que finalmente se tributaría al mismo tipo que si hubiese realizado esa misma inversión en su Estado de residencia. Si se corrige la rigidez de la Directiva para adaptarse a la ingeniería financiera se habrá dado un gran paso para que esta neutralidad sea un hecho. En cambio, la posibilidad de extender este sistema a los pagos de dividendos o a las ganancias patrimoniales resulta una quimera.

Como punto final, queremos hacer una reflexión en torno a la evidente competencia desleal entre sistemas que supone ocultar los rendimientos obtenidos por los residentes en otros Estados miembros. Sin embargo, casi diez años después de su aprobación, aún sigue vigente el régimen transitorio que permite a algunos Estados miembros anteponer el secreto bancario al intercambio automático de información tributaria. Desde esta posición de privilegio, Austria y Luxemburgo (Bélgica ya ha renunciado a este régimen) están alcanzando cotas de deslealtad institucional inaceptables, bloqueando la negociación de avances en materia de intercambio de información con otros países, especialmente con Suiza, para evitar la finalización del periodo transitorio previsto en el artículo 10 de la Directiva²¹⁷. En concreto, Luxemburgo

²¹⁶ DELMÁS GONZÁLEZ, F. J., “Análisis de la propuesta de modificación de la Directiva del Ahorro”, *op. cit.*, pág. 88. Más duros son otros autores que consideran que la Directiva, por sus altas expectativas y sus defectos, puede recibir el título de una obra de Shakespeare, “Mucho ruido y pocas nueces”. Otorgan este apelativo: MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. y CALDERÓN CARRERO, J. M., “La Directiva en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses”, *op. cit.*, pág. 1383.

²¹⁷ Esta posibilidad de veto se recoge sorprendentemente en el propio artículo 10 de la Directiva, que exige la unanimidad del Consejo para la firma de los acuerdos de intercambio de información entre la Unión y los diferentes países, entre ellos Suiza. De hecho, este bloqueo

(recordemos, 500.000 habitantes, el 0,1% de la población de la UE) plantea entre sus exigencias para autorizar esta negociación la previa reforma del citado artículo 10, de forma que el ducado reciba el mismo trato que la república helvética en relación a las exigencias de intercambio de información²¹⁸.

El problema para estos dos Estados rebeldes, en cambio, proviene de otro frente. En concreto de la aprobación por Estados Unidos en 2010 de la FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*) con el fin de reducir las posibilidades de evasión por parte de ciudadanos estadounidenses mediante cuentas en el extranjero²¹⁹. La configuración de esta norma, que exige básicamente un intercambio unilateral de información bajo la amenaza de aplicar una retención del 30% sobre los ingresos provenientes de fuentes estadounidenses, obliga a las instituciones financieras o a los gobiernos a alcanzar un acuerdo para la implementación en su territorio. Ante esta tesitura, Luxemburgo en concreto ya está en negociaciones con Estados Unidos para no perder su posición en el mercado norteamericano²²⁰. Sin embargo, si Austria o Luxemburgo acuerdan con Estados Unidos un mejor sistema de intercambio

por parte de “two delegations” fue recogido en el Consejo ECOFIN de 13 de noviembre de 2012. Véase: Sesión núm. 3198 del Consejo ECOFIN en Bruselas, 13 de noviembre de 2012, pág. 12. Documento 16051/12 Presse 465.

²¹⁸ Véase: “Savings taxation: Failures piling up”, *Europolitics*, 14 de noviembre de 2012.

²¹⁹ Esta norma contiene dos previsiones fundamentales. Por un lado, los ciudadanos norteamericanos con activos financieros en el extranjero por valor superior a \$ 50.000 deberán aportar información de los mismos al IRS (International Revenue Service) bajo riesgo de fuertes penalizaciones. Paralelamente, las instituciones financieras (FFI's) estarán obligadas a informar automáticamente de las cuentas de que sean titulares contribuyentes de Estados Unidos o de empresas en que estos tengan una participación relevante. En caso de no firmar este acuerdo (cuya fecha límite es el 30 de junio de 2013) el IRS aplicará una retención (en concepto de penalización) del 30% sobre cualquier ingreso con destino a estas instituciones financieras proveniente de inversiones en Estados Unidos. Ya el 8 de febrero de 2012 los cinco mayores Estados europeos (Alemania, Francia, España, Italia y Reino Unido) acordaron colaborar con Estados Unidos para su implementación. Véase: “Europe's big five will help USA enforce FATCA”, *Step Journal*, 9 de febrero de 2012. Progresivamente, más y más países están firmando acuerdos para aplicar este unilateral intercambio automático de información, aunque las obligaciones concretas corresponden a las instituciones financieras. Para más detalles sobre este régimen nos remitimos a: ASCARI, P. y BRUNISHOLZ, J., “Mise en place d'un système de communication de renseignements: le système FATCA”, *Steuer Revue – Revue fiscale*, núm. 11, 2010, págs. 828-841; GIL SORIANO, A., “Toward and automatic but asymmetric exchange of tax information: the US foreign account tax compliance act (FATCA) as inflection point”, *Intertax*, Vol. 40, núm. 10, 2012, págs. 540-555; ECK, P. y SAMBUR, J., “The impact of the US foreign account tax compliance act (FACTA) on european entities”, *European Taxation*, Vol. 52, núm. 1, 2012, págs. 37-41.

²²⁰ Véase: “Luxembourg, US To Conclude FATCA Agreement In 2013”, *Tax-News.com*, 20 de diciembre de 2012.

de información estarán obligados, conforme a la cláusula de nación más favorecida contenida en el artículo 19 de la Directiva 2011/96 UE²²¹, a extender este trato a los demás Estados miembros²²².

Por otra parte, Suiza ha adoptado también una estrategia unilateral con el fin de preservar su secreto bancario y, anticipándose a los cambios en la Directiva del ahorro, ha firmado tres acuerdos bilaterales (los conocidos como *Rubik agreements*) con Alemania, Austria y Reino Unido. Este acuerdo recoge la aplicación de un *flat tax* sobre el total de activos que los residentes en estos Estados tienen domiciliados en bancos suizos, en principio equivalente al que pagarían en sus Estados de residencia si declararan estos activos y que será transferido al Estado de residencia correspondiente.

Este modelo de acuerdo está basado en el documento: *Project - Flate Rate Tax. Flat rate tax on assets held with banks on a cross-border basis*, publicado en diciembre de 2009 por la SBA, (Swiss Bankers Association). Conforme al mismo, el propio banco se encargará de deducir este impuesto sobre el volumen total de activos y posteriormente Suiza lo transferirá al Estado de residencia de su titular. Este sujeto vería regularizada su situación tributaria a la par que se respeta plenamente su anonimato. A cambio, Suiza tendrá pleno acceso a los mercados financieros de estos Estados y se acabarán los procesos judiciales contra clientes y directivos de bancos suizos.

La entrada en vigor de estos acuerdos el 1 de enero de 2013 tampoco está exenta de problemas²²³. Aparte de la férrea oposición de la UE a la

²²¹ Artículo 19 Extensión de la cooperación más amplia con terceros países

“Cuando un Estado miembro ofrezca a un tercer país una cooperación más amplia que la prevista en la presente Directiva, no podrá negarse a ofrecer esa cooperación más amplia a otro Estado miembro que desee participar en dicha cooperación mutua más amplia con el primer Estado miembro”.

Al respecto, véase: MARTÍNEZ GINER, L. A., “El intercambio de información tributaria en la Unión Wuropea a la luz de la Directiva 2011/16/UE sobre cooperación en el ámbito de la fiscalidad: aspectos novedosos”, en AA.VV., *Estudios sobre fraude fiscal e intercambio internacional de información tributaria*, coordinadores: Miguel Ángel Collado Yurrita y Saturnina Moreno González, Atelier, 2012, pág. 86.

²²² La complejidad del escenario comunitario se hace patente en las palabras del comisario de fiscalidad Algirdas Šemeta, que en respuesta a la posibilidad de aplicar esta cláusula a este supuesto respondió: “Legally, things are clear. Politically, in any case, it is hard to imagine a non-EU country being given better conditions than Union states”. Por otro lado, reconoció que era optimista al respecto ya que: “The debate on FATCA has changed the international atmosphere”. Véase: “2013, year of truth for EU tax harmonisation”, *Europolitics*, 28 de enero de 2013.

suplantación de la Directiva del ahorro por medio de estos acuerdos, existen importantes lagunas que pueden permitir burlar el pago final del impuesto²²⁴. En todo caso, la previsible entrada en vigor el 1 de enero de 2014 del acuerdo de Suiza con Estados Unidos para la aplicación de la FACTA²²⁵ situaría a Suiza en una posición política incómoda de no ofrecer un trato similar a sus Estados vecinos²²⁶.

5.3.5.2 Directiva 2003/49/CE sobre intereses y cánones

El 3 de junio de 2003, dentro del Paquete Monti, se aprobó por el Consejo la *Directiva 2003/49/CE relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros*²²⁷. El objetivo principal de esta Directiva era equiparar el tratamiento de estos pagos transfronterizos con las transacciones equivalentes dentro de un mismo Estado, evitando así el nacimiento de una doble imposición jurídica. El mecanismo empleado para prevenirla es la exención de estas rentas en el Estado de la fuente bajo determinadas condiciones²²⁸.

²²³ En Alemania aún no se ha ratificado. En el Reino Unido fue ratificado por la Finance Act 2012, 17 de julio 2012, Section 218, Schedule 36. *Agreement between UK and Switzerland*.

²²⁴ Entre otras: la posibilidad de trasladar los depósitos a otro Estado (Bahamas, Singapur, etc.), la exclusión de las sociedades con fines comerciales, la interposición de fundaciones o *trusts*, la limitación a las inversiones en activos financieros (no gravándose el dinero en efectivo) etc. En su trabajo sobre el particular Morris identifica nada menos que nueve lagunas que ponen en cuestión la utilidad del acuerdo Rubik entre Suiza y Alemania. Véase: MORRIS, M., "How to remedy the Swiss-German tax loopholes", Mimeo, págs. 3-5.

²²⁵ Pendiente de aprobación por el Parlamento. Véase: "Switzerland, US Initial FATCA Agreement", Tax-News.com, 6 de diciembre de 2012.

²²⁶ Véase: "2013, year of truth for EU tax harmonisation", *Europolitics*, 28 de enero de 2013.

²²⁷ Tras el fracaso de la primera propuesta de Directiva presentada por la Comisión, COM (90) 571 final, de 24 de enero de 1991, la cuestión de pospuso hasta que dentro de la estrategia aprobada en el Consejo ECOFIN de 1 de diciembre de 1997 se contemplaba una Directiva en este campo. Aunque la propuesta databa de 1998, COM (98) 67 final, de 4 de marzo de 1998, varios Estados (Portugal, Bélgica e Italia) bloquearon su entrada en vigor hasta que no hubo acuerdo respecto a la más conflictiva Directiva 2003/48/CE. La Directiva ha sido objeto de tres modificaciones posteriores para integrar a los NEM y reconocer, en su caso regímenes transitorios para su implantación: *Directiva 2004/66/CE del Consejo, de 26 de abril de 2004, Directiva 2004/76/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004 y Directiva 2006/98/CE del Consejo, de 20 de noviembre de 2006*.

²²⁸ Artículo 1.1

"Los pagos de intereses o cánones procedentes de un Estado miembro estarán exentos de cualquier impuesto sobre dichos pagos (ya sean recaudados mediante retención a cuenta o mediante estimación de la base imponible) en dicho Estado de origen, siempre que el

Nos encontramos de nuevo ante un instrumento limitado por su propia definición: no armoniza la tributación de este tipo de rentas ni exige una tributación mínima, sino que únicamente distribuye el poder tributario para evitar obstáculos a la creación de grandes grupos multinacionales europeos. De hecho, al definir su ámbito de aplicación en el artículo 3.b)²²⁹ es muy estricta en su concepción de *sociedades asociadas*, exigiendo una participación directa mínima del 25%, muy por encima, por ejemplo, del umbral del 10% necesario para la exención paralela de los dividendos prevista en la Directiva Matriz-Filial²³⁰.

El funcionamiento de esta Directiva ha sido menos problemático que el de la Directiva del ahorro. No obstante, la indefinición de algunos conceptos promovió ya en 2003 la formulación de una propuesta de modificación por parte de la Comisión²³¹. Tras su paralización la Comisión ha presentado una nueva

beneficiario efectivo de los intereses o cánones sea una sociedad de otro Estado miembro o un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro de una sociedad de un Estado miembro.”

Como hace ver SANZ GÓMEZ, uno de las principales modificaciones que pretenden introducir la última propuesta, COM (2011) 714 final, es añadir a este artículo 1.1 un inciso según el cual la exención de la retención en la fuente solo se producirá si los intereses y cánones están “efectivamente sujetos a imposición” en el otro Estado miembro. De este modo, se colma una laguna que podía provocar que ningún Estado acabe gravando los mismos si la entidad receptora está exenta del impuesto sobre sociedades en su Estado de residencia. Véase: SANZ GÓMEZ, R. J., “La lucha de los Estados contra la elusión fiscal en el contexto de la Unión Europea”, *op. cit.*, págs. 146-147.

²²⁹ Artículo 3 b)

“Una sociedad constituirá una «sociedad asociada» de otra sociedad si, por lo menos,

- i) dicha sociedad tiene una participación directa mínima del 25 % en el capital de la otra sociedad, o
- ii) la otra sociedad tiene una participación directa mínima del 25 % en su capital, o
- iii) una tercera sociedad tiene una participación directa mínima del 25 % tanto en su capital como en el capital de la otra sociedad.

Las participaciones sólo podrán referirse a sociedades domiciliadas en territorio comunitario.

No obstante, los Estados miembros tendrán la opción de sustituir el criterio de una participación mínima en el capital por el de una participación mínima en los derechos de voto.directiva 2003/49”.

²³⁰ MORENO GONZÁLEZ, S., “Régimen de tributación internacional de los cánones”, en AA.VV., *Estudios sobre fiscalidad internacional y comunitaria*, director: Miguel Ángel Collado Yurrita, Centro Internacional de Estudios Fiscales, Colex, Madrid, 2005, pág. 423.

²³¹ *Propuesta de Directiva del Consejo, de 30 de diciembre de 2003, por la que se modifica la Directiva 2003/49/CE relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros*, COM (2003) 841 final.

propuesta el 11 de noviembre de 2011, COM (2011) 714 final, con un contenido muy similar.

Entrar a valorar todos los elementos de esta compleja Directiva escapa del objeto de nuestro trabajo²³²; sin embargo, sí queremos apuntar algunas cuestiones respecto a aquellos elementos de la Directiva vinculados con la competencia fiscal. De hecho, como han advertido TERRA y WATTEL, a pesar de ser un instrumento integrado dentro del paquete de lucha contra la competencia fiscal perjudicial, la exención de los intereses y cánones en el Estado de la fuente más que combatir la competencia puede incluso incentivarla²³³.

Teóricamente, si una renta solo tributa en el Estado de residencia del beneficiario efectivo se eliminan en gran parte los incentivos al arbitraje fiscal entre jurisdicciones. Sin embargo, el caso de los intereses y cánones es diferente, ya que estas rentas son a su vez gastos deducibles para la sociedad que los abona (al contrario que sucede, por ejemplo, con los dividendos). De este modo, se crea un gran incentivo para que las sociedades receptoras de intereses y cánones, por ejemplo titulares de propiedad intelectual, se ubiquen en Estados miembros de baja tributación (Irlanda o cualquiera de los NEM) y para que las entidades pagadoras se sitúen paralelamente en Estados de tributación más elevada, beneficiándose de la alta deducibilidad de estos pagos. En definitiva, esta situación puede dar lugar a una situación similar a la que tratan de evitar las cláusulas estatales contra la subcapitalización, en las que se persigue limitar el endeudamiento y la compensación de beneficios de

²³² Para un análisis más profundo nos remitimos a: SANTOS ARRIBAS, C., “La Directiva sobre el ahorro y la Directiva sobre intereses y cánones: dos nuevos pasos en el camino hacia la armonización fiscal en la Unión Europea”, *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, núm. 248, 2003, págs. 167-192; TERRA, B. y WATTEL, P., “European Tax Law”, *op. cit.*, págs. 291-302; MORENO GONZÁLEZ, S. “Estrategia comunitaria de la fiscalidad de la empresa. Fiscalidad de dividendos, intereses y cánones en el ámbito empresarial”, en AA.VV., *Internacionalización de las inversiones. Tratamiento fiscal en España y en la Unión Europea*, directores: Miguel Ángel Collado Yurrita, Gracia M^a Luchena Mozo y M^a Esther Sánchez López, Bosch, Barcelona, 2009, págs. 283-296; MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., “La Directiva 2003/49 sobre la fiscalidad de los intereses y cánones”, en AA.VV., *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, coordinador: Nestor Carmona Fernández, CISS, Valencia, 2012, págs. 1292 y ss.; SANZ GÓMEZ, R. J., “La lucha de los Estados contra la elusión fiscal en el contexto de la Unión Europea”, *op. cit.*, págs. 144-168.

²³³ TERRA, B. y WATTEL, P., “European Tax Law”, *op. cit.*, pág. 301.

una sociedad ubicada en un Estado de alta tributación a costa de intereses que tributan en un Estado de baja tributación²³⁴.

De esta incoherencia ya advirtió EASSON en 1996, cuando afirmó que eliminar la retención en la fuente en los pagos de intereses y cánones entre empresas asociadas era “a recipe for disaster”, que multiplicaría las posibilidades de planificación y arbitraje fiscal²³⁵. Como alternativa, el autor proponía elevar la retención en la fuente al nivel del tipo del impuesto sobre sociedades o, incluso, impedir la deducibilidad de estos pagos.

A pesar de este riesgo, no debemos olvidar que existen instrumentos para minorar los efectos perniciosos de esta exención, destinada en su origen a reducir las distorsiones provocadas por la doble imposición de estos flujos transfronterizos. Por ejemplo, contribuiría a minorar el campo de acción del arbitraje fiscal una aplicación estricta de las múltiples cláusulas antiabuso presentes en la propia Directiva 2003/49/CE. Entre estas últimas, consideramos de especial relevancia la prevista en el artículo 4.2 que propugna la aplicación de la exención únicamente hasta el importe que hubieran convenido dos partes independientes (principio *arm's length* o de valor de mercado)²³⁶.

La deducibilidad de los pagos realizados en sede del pagador exige que las operaciones entre partes vinculadas (vinculación indiscutible si tenemos en cuenta el 25% de participación directa exigido) no puedan inflarse artificialmente para beneficiarse de las disparidades de tipos entre los Estados miembros, trasvasando beneficios a los Estados de menor tributación²³⁷.

²³⁴ El régimen de subcapitalización lo examinaremos con cierto detalle en el apartado correspondiente al análisis de la influencia de la jurisprudencia del TJUE en materia de cláusulas antiabuso.

²³⁵ EASSON, A. “Fiscal Degradation and the Inter-nation Allocation of Tax Jurisdiction.” *EC Tax Review*, núm.3, 1996, pág. 113.

²³⁶ Artículo 4.2

“Cuando, debido a una relación especial entre el pagador y el beneficiario efectivo de los intereses o cánones, o entre ambos y un tercero, el importe de dichos intereses o cánones supere el que habrían convenido ambos de no existir dicha relación especial entre ellos, lo dispuesto en la presente Directiva se aplicará, en su caso, exclusivamente a este último si lo hubiere”.

²³⁷ La Directiva para hacer referencia a esta vinculación emplea el término *relación especial* en el sentido de los comentarios a los artículos 11.6 y 12.4 del Modelo de Convenio de Doble Imposición de la OCDE. Apuntan al carácter aparentemente redundante de esta mención

En conclusión, la Directiva 2003/49/CE, lejos de ser un instrumento de lucha contra la competencia fiscal, puede llegar a favorecer la práctica de arbitraje fiscal por las sociedades multinacionales comunitarias. En último término, son las cláusulas antiabuso específicas previstas en la Directiva las llamadas a frenar en parte esta posible deriva competitiva creada por la exención de los pagos en el Estado de la fuente.

5.4 Conclusiones: la coordinación como única vía de escape a la unanimidad

La armonización de la fiscalidad en la Unión Europea es notoriamente asimétrica. Los rotundos avances en materia de fiscalidad indirecta no se han visto acompañados de medidas equivalentes en el campo de la fiscalidad directa, ámbito en el cual la reticencia de los Estados a perder cotas de soberanía y la regla de la unanimidad se han aliado para frenar cualquier hito relevante. Al margen de Directivas esencialmente formales, que promueven los grandes grupos multinacionales europeos (Directiva Matriz-Filial o la denominada Directiva de Fusiones) o la asistencia mutua y el intercambio de información entre los Estados miembros, no se ha superado la barrera invisible de las propuestas para avanzar en una armonización real de la fiscalidad directa.

La apuesta por la coordinación realizada a mediados de los 90 permitió superar algunos de los obstáculos citados, aunque sus resultados tardaran en llegar. Sin embargo, a salvo del Código de Conducta, cuyos frutos examinaremos detenidamente en el capítulo cuarto, los instrumentos de armonización aprobados no han incidido apenas en las disparidades normativas que han incentivado la proliferación de un intenso arbitraje fiscal en la UE. Los principales beneficiados de la timidez de esta armonización han sido y son, en primer lugar, los grupos multinacionales, que no han encontrado

teniendo en cuenta la limitación subjetiva que realiza ya la Directiva a las sociedades asociadas: MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., "La Directiva 2003/49 sobre la fiscalidad de los intereses y cánones", *op. cit.*, pág. 1312 y SANZ GÓMEZ, R. J., "La lucha de los Estados contra la elusión fiscal en el contexto de la Unión Europea", *op. cit.*, pág. 166.

obstáculos normativos a una planificación fiscal agresiva, basada en el trasvase de beneficios generados en jurisdicciones de alta tributación a otras con menor presión fiscal o en el desarrollo de determinadas actividades bajo regímenes privilegiados. Por otro lado, resulta innegable que algunos Estados miembros se han beneficiado, se benefician y se beneficiarán de las dinámicas de competencia fiscal presentes en el seno de la UE, especialmente aquellos que no tienen las ataduras de una gran población acostumbrada a un elevado nivel de servicios públicos. La regla de unanimidad se convierte de este modo en un muro insalvable, nadie tira piedras contra su propio tejado.

La crisis económica ha golpeado con especial fuerza a algunos Estados europeos. Sin embargo, lejos de asumir la necesidad de avanzar en pos de una mayor integración comunitaria, este terremoto solo ha servido para que los Estados se aferren con más fuerza a uno de los pocos instrumentos de política económica que mantienen: la fiscalidad directa.

Con tantos Estados proclives a ejercer el veto que la unanimidad les confiere, resulta más importante que nunca promover nuevas iniciativas de coordinación que permitan sortear estas posiciones inmovilistas. En este sentido, aunque sea en el campo de la fiscalidad indirecta, consideramos reseñable la citada iniciativa de cooperación reforzada impulsada por 11 Estados miembros para instaurar el Impuesto sobre las Transacciones Financieras, tal y como fue propuesto por la Comisión²³⁸. Aunque pueda generar importantes distorsiones en los flujos de capital, puede ser más conveniente una Unión Europea a varias velocidades que una Unión Europea detenida.

²³⁸ *Propuesta de Directiva del Consejo, de 28 de septiembre de 2011, relativa a un sistema común del impuesto sobre las transacciones financieras y por la que se modifica la Directiva 2008/7/CE*, 28 de septiembre de 2011, COM (2011) 594 final. Esta iniciativa de cooperación reforzada, tras ser aprobada por el Parlamento el 12 de diciembre de 2012 está pendiente de su visto bueno por el Consejo. En este sentido, el 25 de octubre de 2012 ya la Comisión formuló la *Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito del impuesto sobre las transacciones financieras*, COM (2012) 631 final.

6. LA ARMONIZACIÓN NEGATIVA. EL PAPEL DEL TJUE EN LA ARMONIZACIÓN DE LA FISCALIDAD DIRECTA

6.1 Apuntes preliminares

La ausencia de avances en la armonización de la imposición directa ha puesto al TJUE en muchas ocasiones ante el dilema de defender el ordenamiento comunitario frente a medidas de los Estados miembros que incumplían los principios básicos de los Tratados, en especial las libertades fundamentales. La importancia de esta labor del TJUE en el campo de la fiscalidad directa merece un apartado independiente en este capítulo. A lo largo de las siguientes páginas trataremos, dentro de la brevedad que nos permite el alcance de este trabajo, abordar las implicaciones más importantes de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo de cara a nuestro análisis de la competencia fiscal en la UE.

No debemos olvidar, de todos modos, que esta labor del TJUE no habría sido posible sin la activa participación de su *chivato* principal, la Comisión. La institución comunitaria, consciente de la imposibilidad de avanzar en la armonización normativa, ha encontrado otra vía para modelar el ordenamiento a su criterio: los recursos por incumplimiento regulados en el actual artículo 258 TFUE²³⁹. En otras ocasiones, la indefinición del marco comunitario ha llevado a los jueces nacionales a plantear cuestiones prejudiciales al TJUE, que ha dado respuesta a las mismas como intérprete de los Tratados. Este procedimiento se recoge actualmente en el artículo 267 TFUE²⁴⁰.

²³⁹ Artículo 258

“Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones.

Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.”

²⁴⁰ Artículo 267

“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

Como corroboraremos en este apartado, la influencia de esta acción del TJUE es incontestable. La jurisprudencia comunitaria en materia de imposición directa tiene mucho más impacto en este campo que las propias directivas de armonización, generando un acercamiento de los ordenamientos de los Estados miembros tal que su intervención se conoce como armonización fiscal *indirecta, negativa* o de *segundo grado*²⁴¹. El asunto no es trivial, ya que la falta de armonización se traduce en una clara pérdida de soberanía fiscal por parte de los Estados en favor de las propias resoluciones del TJUE²⁴².

En primer lugar, el TJUE ha elaborado a través de su jurisprudencia los dos principios fundamentales que rigen las relaciones entre los ordenamientos nacionales y el comunitario: el principio de primacía y el principio de efecto directo. Su aplicación al ámbito fiscal quedó confirmada muy pronto, en la STJUE de 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loss*, asunto 26/62, en materia de aduanas:

“la función del Tribunal de Justicia en el marco del artículo 177, cuya finalidad es garantizar la unidad de interpretación del Tratado por los órganos jurisdiccionales nacionales, confirma que los Estados han reconocido al Derecho comunitario una eficacia susceptible de ser invocada por sus nacionales ante dichos órganos; que, por esas razones, ha de llegarse a la conclusión de que la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un

a) sobre la interpretación de los Tratados;

b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.”

²⁴¹ VILLAR ESCURZA, M., “El impacto de la jurisprudencia comunitaria en la armonización y coordinación fiscal”, *op. cit.*, pág. 92.

²⁴² HERRERA MOLINA, P. y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., “Tendencias del Tribunal de Justicia en materia de imposición directa”, en AA.VV., *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, Relator General: Adriano Di Pietro, CEF, Madrid, 2010, pág. 324.

ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales.”

La justificación para la intervención del TJUE en el ámbito de la fiscalidad directa en concreto se ha articulado posteriormente a través de una inteligente fórmula, basada en el principio de no discriminación y recogida por primera vez en la STJUE, de 14 de febrero de 1995, *Schumacker*, asunto C-279/93, apartado 21²⁴³.

“A título preliminar, hay que recordar que, si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, no es menos cierto que estos últimos deben ejercer ésta respetando el Derecho Comunitario y abstenerse, por tanto, de toda discriminación manifiesta o encubierta basada en la nacionalidad”.

La expresión “Derecho Comunitario” presente en esta fórmula se identifica con las libertades comunitarias (libre circulación de mercancías, trabajadores y capitales y libre prestación de servicios), cuyo cumplimiento está impulsado por el citado el principio de no discriminación²⁴⁴. Este principio, está contenido en sentido genérico en el actual artículo 18 TFUE²⁴⁵ y en sentido específico, en relación a cada una de las libertades fundamentales (libertad de

²⁴³ Desde entonces esta fórmula forma parte de prácticamente todos los pronunciamientos en materia de imposición directa de que conoce el TJUE. Como aseguran MARCHESSOU y ANÍBARRO PÉREZ, el acierto de la fórmula radica en afirmar al mismo tiempo el respeto por la soberanías nacionales y su carácter limitado. Véase: MARCHESSOU, P. y ANÍBARRO PÉREZ, S., “Imposición directa y derecho comunitario: una aproximación a la contribución del tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Nueva Fiscalidad*, núm. 9, 2003. Recurso on line: VLEX-216169.

²⁴⁴ ROSSI-MACCANICO, P. “Principi comunitari di fiscalità diretta delle imprese. Il principio di non discriminazione.” *Fiscalità Internazionale*, núm. 3, 2008, págs. 226 y ss.

²⁴⁵ Artículo 18

“En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones.”

establecimiento y libre circulación de trabajadores, servicios y capitales), en los artículos 49, 45, 56 y 63 del TFUE, respectivamente²⁴⁶.

El efecto expansivo de este principio y de las propias libertades ha provocado que, a pesar de la ausencia de un principio específico de no discriminación en el ámbito de la fiscalidad directa (en el 110 TFUE existe una previsión expresa pero únicamente en relación a la fiscalidad indirecta²⁴⁷), el Tribunal haya acabado extendiendo la aplicación de las libertades económicas comunitarias a este campo. Aunque en un principio fue relativamente estricto al limitar sus efectos únicamente a supuestos transfronterizos y en los que existía una actividad económica²⁴⁸, en pronunciamientos más recientes ha admitido incluso la invocación del artículo 21 TFUE (derecho a la ciudadanía europea) como una suerte de cláusula de no discriminación²⁴⁹.

A su vez, el criterio objetivo inicial para determinar la existencia de discriminación, la nacionalidad, se ha extendido a la residencia, un criterio con el que guarda muchos paralelismos²⁵⁰. No obstante, el propio TJUE ha

²⁴⁶ Como hace ver el TJUE en su jurisprudencia, el actual artículo 18 TFUE “está destinado a aplicarse de manera independiente sólo en situaciones regidas por el Derecho comunitario para las cuales el Tratado no prevea normas específicas contra la discriminación”. Por tanto, cuando concurra con alguna libertad fundamental, en las que ya está plasmado este principio, no resultará de aplicación. Véanse: SSTJUE de 1 de febrero de 1996, *Perfilli*, asunto C-177/1994, apartado 14 y de 29 de abril de 1999, *Royal Bank of Scotland*, asunto C-311/97, apartados 20 y 21.

²⁴⁷ Artículo 110

“Ningún Estado miembro gravará directa o indirectamente los productos de los demás Estados miembros con tributos internos, cualquiera que sea su naturaleza, superiores a los que graven directa o indirectamente los productos nacionales similares.

Asimismo, ningún Estado miembro gravará los productos de los demás Estados miembros con tributos internos que puedan proteger indirectamente otras producciones.”

²⁴⁸ En este sentido véase la STJUE de 26 de enero de 1993, *Werner*, asunto C-112/91, en la que el Tribunal emplea una interpretación bastante estricta del acceso a la protección de las libertades fundamentales.

²⁴⁹ Véanse las SSTJUE de 5 de julio de 2007, *Comisión/Bélgica*, asunto C-522/04, de 11 de septiembre de 2007, *Schwarz*, asunto C-76/05 y de 1 de diciembre de 2011, *Comisión/Hungría*, asunto C-253/09. El Tribunal ha reconocido efectos independientes a este artículo 21 TFUE (anterior 18 TCE), con carácter subsidiario respecto a las libertades económicas, en casos de traslado a otro Estado miembro sin realización de actividades económicas.

²⁵⁰ La STJUE de 12 de febrero de 1974, *Sotgiu*, asunto C-152/73, ya reconoció en su apartado 11 que el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad prohibía “cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación conduzca de hecho al mismo resultado”. La ya citada STJUE de 14 de mayo de 1995, *Schumacker*, asunto 279/93, reconoció que entre estos criterios cabía destacar el efecto provocado por una norma que discrimina por razón de la residencia: “una normativa nacional de este tipo, que establece una distinción basada en el criterio de la residencia en el sentido de que niega a los no residentes determinadas ventajas fiscales que, por el contrario, se conceden a los residentes

admitido que, generalmente, las situaciones del residente y el no residente no son jurídicamente comparables²⁵¹.

A continuación, sin ánimo de ser exhaustivos, valoraremos la incidencia de la jurisprudencia del TJUE en materia de la fiscalidad directa en relación a las cuatro libertades fundamentales, haciendo especial hincapié en aquellos aspectos que pueden estar en conexión con el objeto de nuestro estudio.

A modo de introducción podemos indicar que, lejos de constituir un elemento de lucha contra las medidas de competencia fiscal perjudicial, la jurisprudencia del Tribunal en materia de fiscalidad directa tiene como principal cometido sustituir a la armonización como medio para eliminar el trato discriminatorio entre residentes y no residentes, entre rentas nacionales o de origen extranjero o entre pagos domésticos y transfronterizos. En definitiva, evitar que el afán proteccionista de los Estados, recelosos de cualquier atisbo de pérdida recaudatoria, pueda impedir la verdadera consecución del mercado único

El lector observará el carácter eminentemente defensivo de las medidas analizadas por el Tribunal, cuyo principal cometido no ha sido otro que garantizar un escenario adecuado para el ejercicio de operaciones transfronterizas por los ciudadanos y empresas, frecuentemente, como resulta obvio, orientadas por factores fiscales.

en el territorio nacional, implica el riesgo de producir efectos principalmente en perjuicio de los nacionales de otros Estados miembros. En efecto, los no residentes son con mayor frecuencia no nacionales (apartado 28)".

²⁵¹ Esta afirmación es en principio extensible tanto a las personas físicas como a las jurídicas. En relación a las primeras, en la sentencia del asunto *Schumacker* el TJUE afirma que: "en materia de impuestos directos la situación de los residentes y la de los no residentes no son comparables, por lo general (apartado 31)". Dado que los "ingresos obtenidos en el territorio de un Estado por un no residente sólo constituyen, habitualmente, una parte de sus ingresos globales (apartado 32)". En cambio, la situación "del residente es diferente, en la medida en que normalmente percibe la parte principal de sus ingresos en el Estado de su residencia (apartado 33). Eso sí, "otra cosa sucede en un supuesto (...) en que el no residente no obtiene ingresos significativos en el Estado de su residencia y percibe la mayor parte de sus ingresos imponibles de una actividad ejercida en el Estado de empleo, de manera que el Estado de residencia no puede concederle las ventajas resultantes de tener en cuenta su situación personal y familiar (apartado 36). En el ámbito de las personas jurídicas, el Tribunal también ha aclarado la clara distinción entre sociedades de diferentes Estados miembros al establecer que: "las sociedades son entidades creadas en virtud de un ordenamiento jurídico, (...) Sólo tienen existencia a través de las diferentes legislaciones nacionales que regulan su constitución y su funcionamiento". Véase: STJUE de 27 de septiembre de 1988, *Daily Mail*, asunto 81/87, apartado 19.

Es verdad que en no pocas ocasiones, y cada vez más, el Tribunal reconoce que las cotas de soberanía nacionales estipuladas en los tratados y la propia configuración del Derecho de la Unión se anteponen a algunas manifestaciones de las libertades comunitarias. Esbozar estas líneas difusas será en parte el objetivo de este apartado, con el afán de delimitar cuáles son las posibilidades de arbitraje fiscal admitidas por el ordenamiento comunitario y cuándo los Estados pueden imponer límites al ejercicio de estas libertades.

Dejamos para el capítulo quinto el examen de la jurisprudencia relativa a las ayudas de Estado. En ese campo, como advertiremos, los Estados adoptan medidas activas (no tanto defensivas) para mejorar la competitividad de determinadas empresas o sectores y los tribunales comunitarios adoptan un rol diferente, amparados directamente por los artículos del TFUE en materia de protección de la libre competencia.

Antes de examinar los límites al ejercicio de cada libertad, resulta obligado realizar una breve exposición que nos permita discernir entre los dos conceptos básicos para declarar la incompatibilidad de una medida estatal con las libertades fundamentales: la existencia de una discriminación o de una restricción.

6.2 La diferencia entre discriminación y restricción

A la hora de analizar la compatibilidad de las medidas de fiscalidad directa con el Derecho comunitario existe en principio dos situaciones de conflicto: la discriminación y la restricción. Ambas expresiones responden, a priori, a diferentes realidades jurídicas. Así, podemos entender que en la discriminación partimos de la comparación entre dos situaciones que reciben un diferente trato a pesar de ser legal y materialmente comparables o bien

reciben un mismo trato no siéndolo²⁵². Una restricción, en cambio, será toda medida que sin dar este trato diferenciado, haga menos atractivo el desarrollo de operaciones intracomunitarias; es decir, que obstaculice, sin impedir, el ejercicio de las libertades fundamentales²⁵³.

Esta delimitación teórica resulta en la práctica mucho más confusa por el desdoblamiento entre discriminación directa e indirecta. En principio, resulta sencillo identificar los supuestos de discriminación directa: aquellos en que la diferencia de tratamiento está basada en la nacionalidad. Esta discriminación únicamente podrá justificarse en alguno de los supuestos expresamente previstos en los Tratados: razones de orden público, seguridad o salud públicas. Por otro lado, nos encontramos con situaciones en que existe una discriminación indirecta cuando la diferencia de trato esté basada en cualquier otro elemento, generalmente la residencia. La confusión estriba en que en el Tribunal ha empleado frecuentemente para estas últimas los mismos criterios de evaluación que en supuestos de restricción, permitiendo que estas discriminaciones indirectas se pudieran justificar por razones imperiosas de interés general, la conocida como *rule of reason*²⁵⁴.

La realidad del Derecho comunitario nos demuestra que son excepcionales en el ámbito de la fiscalidad directa los supuestos en que existe una discriminación por razón de la nacionalidad²⁵⁵. En la mayoría de los supuestos, por tanto, nos enfrentaremos a situaciones de discriminación indirecta (diferente trato a residentes y no residentes, por ejemplo) o a una

²⁵² ENGLMAIR, V. E., "The Relevance of Fundamental Freedoms for Direct Taxation", en AA.VV., *Introduction to European Tax Law: Direct Taxation. Second Edition*, directores: Michael Lang y otros, Spiramus Press, Viena, 2008, pág. 52.

²⁵³ GONZÁLEZ GARCÍA define la restricción como "toda medida capaz de dificultar directa o indirectamente, actual o potencialmente, el ejercicio de las libertades fundamentales". GONZÁLEZ GARCÍA, G., "Una aproximación al contenido de los conceptos de discriminación y restricción en el Derecho de la Unión," *Documentos de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 8, 2004, pág. 23.

²⁵⁴ Por ejemplo, en la STJUE de 28 de enero de 1992, *Hanss-Martin Bachmann*, asunto C-204/90, en que el Tribunal admitió una discriminación indirecta que imposibilitaba que un ciudadano alemán dedujese primas pagadas en contratos no realizados en Bélgica conforme al motivo de garantizar la coherencia del régimen tributario.

²⁵⁵ La existencia de una discriminación directa se reconoció, por ejemplo, en la STJUE de 29 de abril de 1999, *Royal Bank of Scotland*, C-311/97. Como indica el Tribunal, "solo una disposición expresa que establezca una excepción, como el artículo 56 del Tratado CE, puede hacer compatible con el Derecho Comunitario tal discriminación" (apartado 32).

restricción (una norma aplicada sin realizar distinciones pero que en la práctica obstaculiza el ejercicio de las libertades comunitarias). Dos conceptos cuya frontera, como hemos indicado, es *borrosa*²⁵⁶.

Aunque parte de la doctrina ha considerado que no existirían efectos diferentes en función de la calificación de una medida como discriminación indirecta o restricción²⁵⁷; otros autores han afirmado que la proliferación de condenas en base a la restricción, como concepto más amplio, supone en la práctica un endurecimiento de la postura del TJUE²⁵⁸. De este parecer es VANISTENDAEL, quien aclara que el principio de no discriminación únicamente exige un trato similar en situaciones comparables, sin exigir la eliminación de los obstáculos en las relaciones transfronterizas. La prohibición de restricciones, en cambio, promueve la desaparición de cualquier obstáculo fronterizo, incluso de una normativa nacional que puede tener el mismo efecto²⁵⁹.

El principal resultado de estas disquisiciones es que en caso de que se aprecie una discriminación directa, el Tribunal simplemente tendrá que demostrar la inexistencia de una disposición del Tratado que la legitime. En cambio, en caso de apreciarse bien una discriminación indirecta, bien una restricción a alguna de las libertades fundamentales, el Tribunal aplicará la *rule of reason*: la medida debe estar justificada en un motivo imperioso de interés general. Aparte, la medida deberá ser idónea para lograr la finalidad

²⁵⁶ Conclusiones de la AG Kokkot, presentadas el 4 de septiembre de 2008, *UTE-CA*, asunto C-222/07, apartado 77. En el mismo apartado la AG se posiciona incluso a favor de que la discriminación indirecta sea un mero supuesto particular de restricción de la correspondiente libertad fundamental, ya que en la redacción de los Tratados se prohíben expresamente las restricciones y no las discriminaciones.

²⁵⁷ “For tax law purposes, the differentiation between restrictions and discrimination may hardly be of any relevance”. Véase: ENGLMAIR, V. E., “The relevance of fundamental freedoms for direct taxation”, *op. cit.*, pág. 52.

²⁵⁸ SANZ GÓMEZ, R. J., *Las cláusulas anti-abuso específicas tributarias frente a las libertades de circulación en la Unión Europea*, Bosh Fiscalidad, Barcelona, 2010, pág. 25; RUÍZ ALMENDRAL, V., “Entre la discriminación y la armonización: el régimen fiscal del no residente en España a la luz del Derecho de la Unión”, *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 207, 2008, pág. 12.

²⁵⁹ En palabras concretas del autor “In the non-discrimination approach it is sufficient that each snooker player can play under the same conditions at different snooker tables. In the non-restriction approach all players are playing from different corners at the same snooker table”. VANISTENDAEL, F., “The compatibility of the basic freedoms with the sovereign national tax systems of the Member States”, *EC Tax Review*, 2003-3, pág. 139.

perseguida y no ir más allá de lo necesario para alcanzar su objetivo, dos exámenes sucesivos que constituyen el denominado juicio de proporcionalidad²⁶⁰

Una vez realizada esta breve aclaración, vamos a entrar de lleno en el impacto de la jurisprudencia del TJUE sobre la fiscalidad directa poniéndola en conexión con las diferentes libertades fundamentales.

6.3 La libre circulación de trabajadores y la libertad de establecimiento de trabajadores por cuenta propia²⁶¹

La libre circulación de personas tiene una doble vertiente recogida en el Tratado, ya que se extiende tanto a la libre circulación de trabajadores comunitarios, como a la libertad de establecimiento de empleados por cuenta propia. A los efectos de nuestro trabajo, analizaremos la libertad de establecimiento de las personas físicas en conexión con la libertad de

²⁶⁰ Para un análisis más extenso de estas diferencias y sus efectos sobre la actuación del Tribunal nos remitimos a: SANZ GÓMEZ, R. J., “La lucha de los Estados contra la elusión fiscal en el contexto de la Unión Europea”, *op. cit.*, págs. 62-73. Más concretamente, el autor opina que la confusión entre discriminación indirecta y restricciones deriva del desdoblamiento de este segundo concepto entre restricciones-efecto y restricciones-acceso. En este sentido, el autor considera equivalente las restricciones-acceso con distinción y las discriminaciones indirectas.

²⁶¹ Artículo 45 - Libre circulación de trabajadores

1. Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.
2. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.
3. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas (...)

Artículo 49- Libertad de establecimiento

“En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro.(...)”

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio (...)”

circulación de trabajadores, entendiendo que en ambos supuestos las personas se someten a un esquema de tributación personal²⁶².

En un primer momento, el Tribunal dibujó un perfil limitado del acceso a la libertad de establecimiento por los ciudadanos en la STJUE de 26 de enero de 1993, *Werner*, asunto C-112/91, al ser muy estricto a la hora de admitir la presencia del elemento transfronterizo²⁶³. Posteriormente, en cambio, flexibilizó este criterio en la STJUE de 27 de junio de 1996, *Asscher*, asunto C-107-94²⁶⁴.

La armonización de la fiscalidad directa sobre las personas físicas es a día de hoy una auténtica quimera en la UE ante el escaso interés de los Estados y el escaso peligro que suponen las diferenciales de tributación entre

²⁶² La vertiente personal de la libertad de establecimiento está íntimamente conectada con la libre circulación de trabajadores, ya que recibe una protección paralela solo que circunscrita a los trabajadores no asalariados, tal y como se confirmó en la STJUE de 20 de mayo de 1992, *Ramrath*, asunto C-106/91, apartado 17: “la comparación entre estas diversas disposiciones (empleado por cuenta propia o por cuenta ajena) pone de manifiesto que las mismas se basan en idénticos principios, tanto en lo que atañe a la entrada y residencia en el territorio de los Estados miembros de personas a las que se aplica el Derecho comunitario como en lo relativo a la prohibición de toda discriminación contra ellas por razón de la nacionalidad”. De hecho, el propio TJUE ha tenido en ocasiones que corregir la errónea calificación realizada por el juez nacional de reenvío como sucede en la STJUE de 27 de junio de 1996, *Asscher*, asunto C-107-94, apartado 26. El paralelismo entre ambas libertades es tal que el criterio de comparabilidad entre residente y no residente establecido en *Schumacker* para la libre circulación de trabajadores es también de aplicación a la libertad de establecimiento de trabajadores por cuenta propia; extremo confirmado en la STJUE de 11 de agosto de 1995, *Wielockx*, asunto C-80/94, apartado 20.

²⁶³ El señor Werner era un ciudadano de nacionalidad alemana que trabajaba en Alemania pero que residía en los Países bajos. Al no ser residente, la normativa alemana lo consideraba sujeto pasivo por obligación real e impedía que pudiera acceder a las deducciones y ventajas de la tributación conjunta en caso de matrimonio. A juicio del Tribunal “el artículo 52 del Tratado CEE (actual art. 49 TFUE) no se opone a que un Estado miembro imponga a sus nacionales que ejercen su actividad profesional en el territorio de este Estado y perciben en él la totalidad o la casi totalidad de sus ingresos, o poseen en él la totalidad o la casi totalidad de su patrimonio, una carga fiscal más gravosa cuando no residan en dicho Estado que cuando residan en él” (apartado 17). Como hacen ver MARCHESSOU y ANÍBARRO, criticando la rigidez del pronunciamiento y siguiendo los argumentos de la Comisión: “Una situación puramente interna no puede existir más que en ausencia de todo elemento de extranjería, el cual sí existe en el asunto *Werner*, consistente en la residencia de éste en los Países Bajos”. MARCHESSOU, P. y ANÍBARRO PÉREZ, S., “Imposición directa y derecho comunitario: una aproximación a la contribución del tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *op. cit.*

²⁶⁴ “(E)l alcance del artículo 52 del tratado (actual artículo 49 TFUE) no puede interpretarse de manera que excluya del ámbito de aplicación del Derecho comunitario a los propios nacionales de un Estado miembro determinado cuando éstos, por su propio comportamiento, se encuentran, respecto del Estado miembro del que son originarios, en una situación equiparable a la de cualquier otro sujeto que goza de los derechos y de las libertades que garantiza el Tratado” Asunto *Asscher*, apartado 32.

los Estados miembros de cara al ciudadano medio²⁶⁵. No obstante, cuestión que evaluaremos en el capítulo cuarto, sí se observa un cierto riesgo de que algunos ciudadanos con elevadas rentas pongan en práctica actitudes de arbitraje fiscal (en forma de traslado de residencia) y de que los Estados adopten medidas defensivas para dificultar su huida.

A continuación realizaremos un breve recorrido por la jurisprudencia genérica del tribunal en relación a la libre circulación de trabajadores en conexión con la fiscalidad directa y posteriormente expondremos brevemente la jurisprudencia en torno a estas medidas defensivas.

6.3.1 La libre circulación de trabajadores en sentido estricto

En principio la libre circulación de trabajadores reconoce el derecho a todos los ciudadanos comunitarios a trasladar su residencia a otro Estado miembro para realizar un trabajo asalariado, así como a desplazarse libremente al mismo o permanecer en él tras su finalización.

En este ámbito, la labor del TJUE se ha centrado en establecer una serie de premisas con el fin de evitar, principalmente, aquellas medidas nacionales destinadas a someter a un gravamen mayor a los no residentes o a limitar a los residentes o a las rentas obtenidas en territorio nacional la aplicación de determinados beneficios fiscales, como sucede en los asuntos *Biehl*, *De Groot* o el celeberrimo *Schumacker*²⁶⁶.

²⁶⁵ Opinión compartida por ADAME MARTÍN, F., “El Impuesto sobre las Personas Físicas en la Unión Europea”, en AA.VV., *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, Relator General: Adriano Di Pietro, CEF, Madrid, 2010, pág. 148.

²⁶⁶ En el primer caso, la STJUE de 8 de mayo de 1990, *Biehl*, asunto C-175/88, el Tribunal condena a Luxemburgo por exigir la residencia permanente (durante todo el año) para poder solicitar la devolución de las retenciones a cuenta del Impuesto sobre la renta realizadas en exceso. Como indica el Tribunal: “el requisito de la residencia permanente en el territorio nacional (...) puede perjudicar, en concreto, a los sujetos pasivos nacionales de otros Estados miembros. En efecto, serán a menudo estos últimos quienes abandonen el país o se establezcan en el mismo durante el año (apartado 14)”. En la STJUE de 14 de febrero de 1995, *Schumacker*, asunto C-279/93, el Tribunal declara incompatible con el Tratado la normativa alemana que niega a los nacionales comunitarios no residentes en Alemania el beneficio de los

Eso sí, el TJUE también supo reconocer las limitaciones del Derecho Comunitario en la STJUE de 12 de mayo de 1998, *Gilly*, asunto C-336/96, en lo que respecta a su competencia para valorar las diferencias de tributación que puedan derivarse de la aplicación de las reglas de distribución de la potestad impositiva entre los Estados miembros para limitar o eliminar la doble imposición²⁶⁷. En este caso, la señora Gilly, residente en Francia, aunque funcionaria en Alemania, de donde era nacional, alegaba que las reglas para eliminar la doble imposición del CDI entre Alemania y Francia la situaban en una peor situación que un nacional francés²⁶⁸. Los criterios de sujeción empleados para eliminar esta doble imposición estaban inspirados en los propios del Modelo OCDE, frecuentes en la práctica internacional y el Tribunal consideró que la elección de uno u otro (en particular el de la nacionalidad, en lo relativo a las retribuciones públicas percibidas en el Estado que no sea el de residencia) “no puede constituir como tal una discriminación prohibida por el Derecho comunitario” (apartado 54).

La importancia de este pronunciamiento reside en que el TJUE²⁶⁹ reconoció que las diferencias de tributación que puedan surgir en situaciones transfronterizas pueden traer causa de situaciones de doble imposición por la falta de armonización y, en estos casos, considera competencia exclusiva de

procedimientos de regularización anual que se aplican a los nacionales residentes alemanes (apartado 58). La importancia de este pronunciamiento estriba en que el Tribunal reconoce que la diferencia de trato fiscal residente/no residente está justificada cuando la mayor parte de los ingresos se obtienen por un ciudadano en su propio Estado de residencia y, por tanto, no está en una situación comparable como no residente respecto a un residente en el otro Estado. Por último, en la STJUE de 12 diciembre de 2002, *De Groot*, asunto C-385/00, el Tribunal declaró incompatible una normativa de los Países Bajos que restringía el acceso pleno a la reducción por cargas familiares a los contribuyentes que obtuvieran rentas en otros Estados miembros, ya que dicho régimen implicaba “un trato desigual en relación con el deparado al residente fiscal que trabaja únicamente en los Países Bajos y crea, de este modo, un obstáculo a la libre circulación de los trabajadores” (apartado 71).

²⁶⁷ ROSSI-MACCANICO, P. “Principi comunitari di fiscalità diretta delle imprese. Il principio di non discriminazione”, *op. cit.*

²⁶⁸ En concreto, el TJUE señaló que: “el carácter favorable o desfavorable del trato fiscal de los contribuyentes afectados no depende propiamente hablando de la elección del criterio de sujeción, sino del nivel de imposición del Estado competente, al no existir una armonización, a nivel comunitario, de los baremos de impuestos directos. STJUE C-336/96, asunto *Gilly*, apartado 34.

²⁶⁹ Para un análisis más detallado de la relevancia que el asunto *Gilly* supuso en su momento nos remitimos a: MARTÍN JIMÉNEZ, A., “¿Hacia una nueva configuración de las relaciones entre el Derecho comunitario y la normativa nacional en materia de imposición directa? El caso *Gilly*”, *Civitas. Revista española de derecho financiero*, núm. 102, 1999, págs. 291-320.

los Estados proceder a su eliminación²⁷⁰, por lo que el Tribunal no otorga la protección de la libertades fundamentales en este caso.

De todos modos, los vínculos más claros con la competencia y el arbitraje fiscal los encontramos cuando ponemos en conexión la libre circulación de trabajadores con la libertad de establecimiento para las personas físicas. En concreto, al examinar la jurisprudencia del TJUE relativa a los regímenes estatales que obstaculizan el cambio de residencia, unas medidas conocidas como *impuestos de salida*.

6.3.2 La libertad de circulación de trabajadores en conexión con la libertad de establecimiento. Los impuestos de salida sobre personas físicas²⁷¹

A salvo de que después realicemos consideraciones adicionales a su imposición en el caso de traslado de personas jurídicas, en este apartado vamos a analizar los conocidos como impuestos de salida o *exit tax* desde el punto de vista de las personas físicas²⁷². De hecho, hasta finales de 2011, en

²⁷⁰ La STJUE de 14 de noviembre de 2006, *Kerckhaert-Morres*, asunto C-513/04, no hace sino reforzar esta visión al especificar que, dado que el Derecho Comunitario “no prescribe criterios generales para el reparto de competencias entre los Estados miembros en lo que se refiere a la eliminación de la doble imposición dentro de la Comunidad” (apartado 22), “corresponde a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para evitar situaciones como la que es objeto del procedimiento principal (de posible doble imposición), utilizando, en particular, los criterios de reparto seguidos en la práctica tributaria internacional” (apartado 23).

²⁷¹ Sobre esta materia hemos publicado ya dos trabajos más extensos a los que nos remitimos para un examen más detallado de algunas de las cuestiones aquí expuestas. Con la misma lógica, también nos remitimos a la amplia bibliografía allí indicada para completar la breve exposición que realizamos en este punto. MARTÍN RODRÍGUEZ, J. M., “Un nuevo hito en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre impuestos de salida: el asunto *National Grid*”, en AA.VV., *Armonización, Coordinación Fiscal y Lucha contra el Fraude*, director: Francisco Adame Martín, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 531-560 y MARTÍN RODRÍGUEZ, J. M., “Los impuestos de salida: un análisis actualizado de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Quincena Fiscal*, núm. 4, 2012, págs. 29-65.

²⁷² La doctrina ha venido a definir estos *exit tax*, con carácter general como el gravamen que impone un Estado con motivo del cambio de residencia o domicilio realizado por una persona física o jurídica residente a otro Estado. Véase: MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M., “Los impuestos de salida y el Derecho comunitario europeo a la luz de la legislación española”, *Crónica Tributaria*, núm. 125, 2007, pág. 50. Su principal cometido, a priori, es gravar plusvalías latentes que podrían escapar al poder tributario del Estado ante la salida del contribuyente (y con él, de otros factores de conexión) de su jurisdicción. Así lo afirman: TERRA, B., y WATTEL, P., “European Tax Law”, *op. cit.* pág. 392. Obviamente, la atención del Tribunal

que vio la luz la STJUE de 29 de noviembre de 2011, *National Grid Indus*, asunto C-371/10, los dos asuntos principales en materia de impuestos de salida de que había conocido el TJUE versaban sobre personas físicas: las SSTJUE de 11 de marzo de 2004, *de Lasteyrie du Saillant*, asunto C-9/02 y de 7 de septiembre de 2006, *N*, asunto C-470/04²⁷³.

En el primer de estos pronunciamientos, el asunto *Lasteyrie*, el Tribunal declaró contrario a la libertad de establecimiento el artículo 167 bis del *Code Général des Impôts* francés (CGI)²⁷⁴. Este precepto exigía el gravamen inmediato de las plusvalías latentes sobre participaciones societarias relevantes cuando el contribuyente, persona física, trasladara su residencia fiscal fuera de Francia. Aunque la cuota a liquidar por este devengo anticipado se podía aplazar hasta el momento de la realización efectiva de la plusvalía, el legislador francés exigía el nombramiento de un representante domiciliado en Francia y la constitución de una serie garantías “suficientes” para asegurar el cobro del crédito tributario. Según el criterio del TJUE, exigir el devengo inmediato únicamente en los supuestos de traslado de la residencia fiscal a

se centra exclusivamente en los casos en que se aplica este impuesto en el seno de la Unión Europea, restringiendo el ejercicio de una libertad fundamental como es la libertad de establecimiento.

²⁷³ Hasta la publicación de la sentencia del asunto *National Grid*, la doctrina y la propia Comisión estaban de acuerdo, casi unánimemente, en extender la jurisprudencia vertida en relación a las personas físicas para los supuestos de traslados de personas jurídicas. Véanse: COM (2006) 825, pág. 6. Entre la doctrina, refrenda este parecer: SMIT, D., “Danimarca, Paesi Bassi e Spagna defereti dalla Commissione Europea alla Corte di Giustizia per i regimi di exit tax d’impresa”, *Studi Tributari Europei*, actualización del núm. 1/2009, pág. 5. Algo más cauteloso se muestra: GREGGI, M., “Reflexiones fiscales sobre la movilidad en el interior de la UE: por un nuevo *Nomos* europeo”, *Studi Tributari Europei*, núm. 1/2009, págs. 22-24. En MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M., “Los impuestos de salida y el derecho comunitario europeo a la luz de la legislación española”, *op. cit.* pág. 63, los autores advierten con gran acierto que, para extender la jurisprudencia de los asuntos *de Lasteyrie* y *N* a las personas jurídicas, estas sentencias “necesariamente deben interpretarse en su contexto, que serían las STJUE *Daily Mail*, *Centros*, *Überseering* e *Inspire Art*” ya que se debe abordar la problemática de los impuestos de manera conjunta con el marco comunitario de migración societaria. Siguiendo sus recomendaciones, en el apartado relativo a los impuestos de salida sobre personas jurídicas analizaremos brevemente estos pronunciamientos.

²⁷⁴ Tras la declaración de incompatibilidad del artículo 167 bis de CGI por el TJUE, el Consejo de Estado francés declaró en Sentencia de 10 de noviembre de 2004 la anulación del Decreto de 6 de julio de 1999, dejando sin base jurídica al artículo 167 bis. Poco después, el 30 de diciembre de 2004, a través del artículo 19 de la *Loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004 de finances pour 2005* quedó derogado. Curiosamente, la *Loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011* ha vuelto a introducir un nuevo 167 bis en el CGI, siguiendo el modelo alemán, vigente desde 2008 y que exonera del gravamen inmediato de las plusvalías latentes a los contribuyentes que se trasladen a otro Estado miembro de la UE o a otro Estado con que se haya firmado un Convenio de Doble Imposición.

otro Estado ejerce un efecto disuasorio sobre la libertad de establecimiento y la propia libertad de circulación²⁷⁵.

Como es una constante en su jurisprudencia en relación a este tipo de medidas estatales, el TJUE proscribe la aplicación de esta norma con finalidad antielusiva a todos los contribuyentes que trasladaban su domicilio fuera de Francia, ya que este hecho no implica por sí mismo la existencia de una evasión o fraude fiscal²⁷⁶. En el fondo, el Estado francés al imponer esta restricción al cambio de residencia fiscal está protegiendo el crédito tributario generado en su territorio frente a la posible competencia fiscal que pueda ejercer otra jurisdicción, por ejemplo, al limitar el acceso a la información sobre una futura realización de las citadas plusvalías.

En el asunto *N*, resuelto poco después, el Tribunal no hace sino reafirmar el planteamiento realizado en *Lasteyrie*. En este caso, la cuestión tenía como trasfondo la normativa holandesa del impuesto sobre la renta vigente en 1997²⁷⁷, que imponía la aportación de una garantía suficiente para conseguir el aplazamiento de la liquidación correspondiente al devengo de las plusvalías latentes con ocasión del traslado de residencia a otro Estado. En este caso, sin embargo, el TJUE en el curso de su juicio de proporcionalidad se muestra conforme con la idoneidad de la normativa holandesa para garantizar el reparto, sobre la base del principio de territorialidad, del poder tributario entre los Estados miembros y para eliminar la doble imposición²⁷⁸. No obstante, acaba declarando la incompatibilidad del régimen holandés porque considera que la exigencia de prestar garantía “va más allá de lo estrictamente necesario para garantizar el funcionamiento y la eficacia de tal régimen tributario basado en el principio de territorialidad fiscal”²⁷⁹

²⁷⁵ STJUE C-9/02, asunto *Lasteyrie*, apartado 46.

²⁷⁶ STJUE C-9/02, asunto *Lasteyrie*, apartado 52.

²⁷⁷ En concreto el Artículo 20a, párrafo 6, letra i), del impuesto personal sobre la renta holandés, Wet op de inkomstenbelasting (WIB) 1964.

²⁷⁸ STJUE C-470/04, asunto *N*, apartado 41. La jurisprudencia del Tribunal que ha reconocido al reparto del poder tributario el rango de “causa imperativa de interés general” se inicia con la STJUE de 13 de diciembre de 2005, *Marks & Spencer*, asunto C-446/03.

²⁷⁹ STJUE C-470/04, asunto *N*, apartado 51. Aunque obviamente facilite el cobro del impuesto, existen mecanismos menos restrictivos para conseguir el mismo objetivo, como las actuales *Directivas 2011/16/UE del Consejo de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE y*

En resumen, la jurisprudencia del Tribunal parece recoger que el equilibrado reparto del poder tributario puede justificar la existencia de un impuesto de salida. No obstante, aunque se admite la liquidación inmediata, el TJUE considera desproporcionada la exigencia de aportar garantía para conseguir el aplazamiento del pago. Adicionalmente, dentro de estos pronunciamientos el Tribunal también estima que, para la plena realización del principio de territorialidad, los Estados deberían poder tomar en consideración las minusvalías que pudieran producirse con posterioridad al traslado.

El contenido de estas dos sentencias ha sido el eje fundamental de dos documentos comunitarios posteriores: la Comunicación de la Comisión, de 19 de diciembre de 2006, *Imposición de salida y necesidad de coordinación de las políticas tributarias de los Estados miembros*, COM (2006) 825 y la *Resolución del Consejo de 2 de diciembre de 2008 sobre la coordinación en materia de imposición de salida*, C 323/01. El objetivo de ambos es ofrecer algunas propuestas para la adaptación de las normativas estatales en materia de impuestos de salida. Entre las más importantes, destacamos dos soluciones para hacer frente a una posible doble imposición. La primera es garantizar un crédito por parte del Estado de acogida por el importe que han tributado anteriormente los bienes con ocasión de la salida, tal y como han establecido algunos Estados miembros. La otra solución propuesta es acordar el reparto de los derechos de imposición sobre las plusvalías en función del periodo de tiempo en que el sujeto haya residido en cada Estado, pero solo una vez que éstas se realicen.

En este escenario, la Comisión planteó el 15 de julio de 2009 un recurso contra España ante el TJUE, resuelto en la STJUE de 12 de julio de 2012, *Comisión/España*, asunto C-269/09. El objeto de esta denuncia era el artículo 14.3 de la Ley del IRPF, precepto que la Comisión consideraba contrario a las libertades de circulación y de establecimiento²⁸⁰. En concreto, este apartado recoge una excepción a la posibilidad de imputar rentas conforme al criterio

2010/24/UE del Consejo de 16 de marzo de 2010 sobre la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos, derechos y otras medidas.

²⁸⁰ Acerca de este procedimiento véase: SANZ CLAVIJO, A. “¿Constituye el artículo 14.3 LIRPF (y concordantes) una medida de imposición de salida? A propósito del procedimiento de infracción de la Comisión Europea”, *Impuestos*, núm. 9, 2009, págs. 11-30.

fijado por el artículo 14.2 [(por ejemplo las rentas generadas por operaciones a plazo con precio aplazado del artículo 14.2 d)] obligando al contribuyente que traslade su residencia al extranjero a integrar en su declaración de modo inmediato todas las rentas que tuviera pendiente de imputación conforme a este régimen:

“En el supuesto de que el contribuyente pierda su condición por cambio de residencia, todas las rentas pendientes de imputación deberán integrarse en la base imponible correspondiente al último período impositivo que deba declararse por este impuesto, en las condiciones que se fijen reglamentariamente, practicándose, en su caso, autoliquidación complementaria, sin sanción ni intereses de demora ni recargo alguno”²⁸¹.

Como apuntaron MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN CARRERO con anterioridad a esta denuncia, aunque no estemos ante un supuesto típico de impuesto de salida *stricto sensu* (gravamen de plusvalías latentes) el efecto es muy similar, al exigirse un anticipo del impuesto (por las rentas pendientes de imputación) si se produce un traslado de la residencia al extranjero²⁸². Este anticipo, que no

²⁸¹ Tal y como señala GUERRA REGUERA: “la norma es muy razonable pues lo contrario reduciría peligrosamente las posibilidades de someter a tributación esas rentas pendientes de gravamen, pero no es menos cierto que la medida puede conllevar un obstáculo para el cambio de residencia”. Véase: GUERRA REGUERA, M., “Los Impuestos de Salida en el Ámbito de la Unión Europea”, en AA.VV., *Armonización y Coordinación Fiscal en la Unión Europea. Situación Actual y Posibles Líneas de Reforma*, relator general: Adriano Di Pietro, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2010, pág. 163.

²⁸² “Parece difícil negar que la regla especial de imputación anudada al cambio de residencia fiscal pueda tener efectos restrictivos desde un punto de vista fiscal, toda vez que de no producirse el cambio de residencia las rentas no se integrarían en la autoliquidación del contribuyente hasta que concurriera el presupuesto de la correspondiente regla de imputación; de esta forma, la aplicación de esta norma genera una anticipación de pago de impuestos motivada por un cambio de residencia, lo cual puede disuadir o restringir el ejercicio de una libertad fundamental comunitaria cuando el traslado del domicilio se realiza a un Estado miembro de la CE o incluso a un Estado parte del Acuerdo del Espacio Económico Europeo, con independencia en ambos casos de que tal Estado sea calificado como un paraíso fiscal”. Véase: MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M. “Los impuestos de salida y el derecho comunitario europeo a la luz de la legislación española”, *op. cit.* pág. 51. En el mismo sentido: RUIZ ALMENDRAL, V.: “La tributación del no residente comunitario: entre la armonización fiscal y el Derecho tributario internacional”, *EUI working papers LAW 2008/25*, Fiesole, 2008, pág. 49 y SANZ CLAVIJO, A., “El criterio de imputación temporal de rentas del artículo 14.3 LIRPF y su consideración como medida de imposición de salida”, *Revista Peruana de Derecho Tributario*, año 3, 2009, núm. 14, pág. 10; GUERRA REGUERA, M., “Los Impuestos de Salida en el Ámbito de la Unión Europea”, *op. cit.* pág. 163.

se exige en caso de un cambio de residencia interno, disuade el cambio de residencia de una persona física a otro Estado miembro. Por tanto, nos encontramos ante una norma con efectos equivalentes a un impuesto de salida y que restringe el ejercicio de las libertades fundamentales, extremo confirmado en la Sentencia del Tribunal sobre esta causa²⁸³:

“no puede negarse que la retirada de la mencionada ventaja constituye una desventaja manifiesta en términos de tesorería. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado en reiteradas ocasiones que excluir una ventaja de tesorería en una situación con elementos transfronterizos mientras que se acepta en una situación equivalente sin tales elementos constituye una restricción de la libertad de establecimiento” (apartado 59)

Una vez identificada la restricción, el TJUE desmonta las tres causas de justificación esgrimidas tanto por España como por los demás Estados miembros intervinientes. Más concretamente, mientras que rechaza frontalmente las últimas dos justificaciones (garantizar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros y preservar la coherencia del sistema tributario nacional)²⁸⁴ sí que admite que la recaudación inmediata de la deuda tributaria, ante un cambio de residencia del contribuyente, puede estar justificada por la necesidad de garantizar la recaudación eficaz de las deudas tributarias²⁸⁵. No obstante, considera que la recaudación inmediata, a la vista de los instrumentos de cooperación existentes en el Derecho comunitario para

²⁸³ STJUE C-269/09, asunto *Comisión/España*, apartados 56-61. Como ya indicó el Tribunal en los asuntos *Lasteyrie* y *N*, aunque una medida no prohíba estrictamente el ejercicio de la libertad de establecimiento, la obligación de tributar en caso de cambio de residencia al extranjero en condiciones diferentes a un traslado de residencia interno constituye una clara discriminación y genera una restricción al ejercicio de una libertad fundamental. Véanse: Asunto *Lasteyrie*, apartados 45 y 46 y asunto *N*, apartados 34 y 35.

²⁸⁴ El argumento principal del TJUE para desechar estas causas de justificación es que en el supuesto concreto previsto por la legislación española la deuda tributaria ya está determinada y, por tanto, no existe conflicto entre la potestad tributaria del Estado de origen y la del Estado de acogida; misma causa por la que no está en riesgo la coherencia del sistema tributario. STJUE C-269/09, asunto *Comisión/España*, apartados 81 y 86.

²⁸⁵ STJUE C-269/09, asunto *Comisión/España*, apartados 64 y ss.

la asistencia en el cobro, resulta desproporcionada²⁸⁶. Realizado este planteamiento, el TJUE declaró que la redacción del artículo 14.3 LIRPF era contraria a las mencionadas libertades de circulación y de establecimiento, actualmente recogidas en los artículos 21, 45 y 49 TFUE²⁸⁷.

Pocos meses después del pronunciamiento, el Estado español ha reaccionado añadiendo un segundo párrafo al artículo 14.3 mediante la disposición final décima de la *Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica*. El principal objetivo es asimilar la situación del contribuyente trasladado a otro Estado miembro con la de un residente, permitiéndole optar entre la imputación inmediata o el régimen ordinario, que permite una imputación a medida que se devenguen las rentas pendientes²⁸⁸.

²⁸⁶ No deja de resultar paradójico que la Sentencia haga mención a los artículos 4 a 9 de la *Directiva 2008/55/CE del Consejo, de 26 de mayo de 2008, sobre la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinadas exacciones, derechos, impuestos y otras medidas*, como el marco idóneo para esta asistencia, cuando, apenas un año después de la publicación de este texto, fue derogado por medio de la *Directiva 2010/24/UE del Consejo, de 16 de marzo de 2010 sobre la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos, derechos y otras medidas*; entre otros motivos, porque: “los citados mecanismos (entiéndanse de la citada Directiva 2008/55/CE) aun representando un primer paso hacia el perfeccionamiento de los procedimientos de cobro en la Unión, merced a la aproximación de las normas nacionales aplicables, se han revelado insuficientes para satisfacer las necesidades derivadas de la evolución que el mercado interior”.

²⁸⁷ Compartían esta opinión MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M., “Los impuestos de salida y el derecho comunitario europeo a la luz de la legislación española”, *op. cit.* pág.52, y SANZ CLAVIJO, A., “El criterio de imputación temporal de rentas del artículo 14.3 LIRPF y su consideración como medida de imposición de salida”, *op. cit.* pág. 16. No obstante, encontramos una voz discordante en RUIZ ALMENDRAL, V.: “La tributación del no residente comunitario: entre la armonización fiscal y el Derecho tributario internacional”, *op. cit.* pág. 50, que consideraba que el artículo 14.3 podía ser compatible con la jurisprudencia comunitaria ya que la sentencia *N* convalidaba, desde un punto de vista sustantivo, el impuesto holandés, muy similar al español. Por su parte, GUERRA REGUERA defendía la utilidad del precepto pero reconocía la necesidad de implementar cambios: “Más que eliminar esta norma sería mejor complementarla con la inclusión de disposiciones que limiten la progresividad del impuesto en estos casos y faciliten la aprobación de un calendario de pagos para el ciudadano que se traslada con la correspondiente adopción de medidas cautelares que garanticen el cumplimiento de todas las obligaciones”. Véase: GUERRA REGUERA, M., “Los Impuestos de Salida en el Ámbito de la Unión Europea”, *op. cit.*, pág. 164.

²⁸⁸ Sin afán de parafrasear lo evidente, nos remitimos a la literalidad del precepto:

“Cuando el traslado de residencia se produzca a otro Estado miembro de la Unión Europea, el contribuyente podrá optar por imputar las rentas pendientes conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, o por presentar a medida en que se vayan obteniendo cada una de las rentas pendientes de imputación, una autoliquidación complementaria sin sanción, ni intereses de demora ni recargo alguno, correspondiente al último período que deba declararse por este Impuesto. La autoliquidación se presentará en el plazo de declaración del período impositivo en

La principal conclusión que extraemos de este conjunto de pronunciamientos es que los Estados tienen un estrecho margen para crear impuestos de salida o cualquier otra norma con un efecto disuasorio sobre el cambio de residencia de un contribuyente persona física a otro Estado miembro. Es verdad que el TJUE ha reconocido en sendas ocasiones razones imperiosas de interés general que pueden justificar este tipo de medidas²⁸⁹; sin embargo, el gravamen inmediato, sin oportunidad de aplazar el pago o exigiendo la constitución de garantías para acceder al mismo, es una medida que va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido. Principalmente, porque el TJUE confía en la aplicación práctica de unas Directivas de cooperación y asistencia mutua en continuo proceso de evolución. De este modo, los Estados miembros deben aferrarse a estas Directivas para asegurarse el cobro de las plusvalías latentes (generadas en su territorio, no lo olvidemos) de un contribuyente que traslada su residencia a otro Estado miembro, generalmente, con el fin de beneficiarse de un esquema de tributación más beneficioso.

La conexión con el arbitraje fiscal y la competencia entre jurisdicciones resulta clara en ambos lados de la relación. Por una parte, los contribuyentes no podrán trasladarse a otros Estados miembros para que plusvalías ya generadas se beneficien de un régimen de tributación menos gravoso (de hecho, en algunos Estados llegan a declararlas incluso exentas), manteniéndose el poder tributario del Estado de salida sobre las mismas y restringiéndose así sus posibilidades de arbitraje fiscal; por la otra, las jurisdicciones no pueden imponer el gravamen inmediato de las plusvalías ni exigir garantizar su pago, vetando así una posibilidad de obstaculizar el traslado de residentes personas físicas a otras jurisdicciones de menor tributación. De este modo, se configura un sistema que legitima el ejercicio de arbitraje fiscal por los ciudadanos comunitarios al modificar su residencia,

el que hubiera correspondido imputar dichas rentas en caso de no haberse producido la pérdida de la condición de contribuyente.”

²⁸⁹ La necesidad de garantizar una recaudación eficaz de las deudas tributarias en la STJUE C-269/09, asunto *Comisión/España* o la necesidad de garantizar el reparto, sobre la base del principio de territorialidad, del poder tributario entre los Estados miembros y eliminar la doble imposición, en la STJUE C-470/04, asunto *N*.

garantizándoles el mismo trato que en un traslado interno, a la par que se preservan los derechos adquiridos del Estado de salida.

6.4 Libertad de establecimiento de las sociedades²⁹⁰

6.4.1 Apuntes generales

Antes que nada, es preciso recordar que las sociedades gozan de la misma protección en relación a la libertad de establecimiento que las personas físicas por la equiparación realizada en el artículo 54 TFUE²⁹¹, que sitúa la sede social, administración central o centro de actividad principal como criterio de conexión con el ordenamiento de un Estado miembro, al mismo nivel que la nacionalidad para los ciudadanos. Así lo señaló el Tribunal en el primer gran pronunciamiento de esta línea jurisprudencial, la STJUE de 28 de enero de 1986, *Avoir Fiscal*, asunto 270/83, apartado 18²⁹².

“Respecto a las sociedades, procede señalar que su domicilio, en el sentido del artículo 48CE (actual 54 TFUE), sirve para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un

²⁹⁰ Artículo 49 TFUE

“En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro.

Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.”(...)

²⁹¹ Artículo 54 TFUE

“Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros”.

²⁹² En este asunto Francia fue condenada por no extender a las agencias de seguro extranjeras el crédito fiscal (*avoir fiscal*) que sí se concedía a las agencias francesas cuando una compañía francesa les distribuía dividendos.

Estado miembro. Admitir que el Estado miembro de establecimiento pueda aplicar libremente un trato distinto por el mero hecho de que el domicilio de una sociedad se halle en otro Estado miembro privaría de contenido al artículo 43 CE (actual 49 TFUE)²⁹³

La libertad de establecimiento reconoce, por tanto, el tratamiento nacional del establecimiento secundario en otro Estado miembro independientemente del Estado de la sede principal. En un sentido más genérico, comprendería el derecho de acceso y de realización de actividades por cuenta propia en otro Estado así como el derecho de constituir sociedades, bien como sede principal, bien como sede secundaria a través de sucursales u oficinas.

Esta libertad ha sido invocada en muy diferentes situaciones y en la mayoría de ellas el TJUE ha acabado condenando al Estado miembro denunciado. De este modo, la jurisprudencia ha establecido, entre otras cuestiones, que un Estado no puede limitar el acceso a las devoluciones únicamente a las sociedades nacionales²⁹⁴, gravar con tipos superiores las sucursales de sociedades extranjeras²⁹⁵ ni condicionar el acceso a un beneficio fiscal a la constitución de una sociedad conforme al derecho doméstico²⁹⁶ o a su estructura principalmente nacional²⁹⁷.

²⁹³ Este párrafo lo hemos tomado de las sentencias posteriores que lo emplearon posteriormente en su razonamiento, ya que no existe versión española oficial del asunto *Avoir Fiscal*. Entre otras, SSTJUE de 13 de julio de 1993, *Commerzbank*, asunto C-330/91, apartado 13; de 8 de marzo de 2001, *Metallgesellschaft y otros*, asunto C-397/98 y C-410/98, apartado 42 y de 18 de julio de 2007, *Oy AA*, asunto C-231/05, apartado 30.

²⁹⁴ Como es el caso de la STJUE de 13 de julio de 1993, *Commerzbank AG*, asunto C- 330/91, en que el Tribunal condenó al Reino Unido por no permitir la devolución de los impuestos indebidamente ingresados a las sociedades que tenían su residencia fiscal en otro Estado miembro.

²⁹⁵ En la STJUE de 23 de febrero de 2006, *CLT-UFA*, asunto C- 253/03, el Tribunal condenó a Alemania por prever, para las sucursales de sociedades domiciliadas en otros Estados miembros, un tipo impositivo sobre los beneficios superior al aplicable a los beneficios de las filiales de sociedades nacionales.

²⁹⁶ STJUE de 12 de abril de 1994, *Halliburton*, asunto C-1/93. En este caso el Tribunal condenó a los Países Bajos por limitar determinadas exenciones en caso de reorganización en el seno de un grupo de sociedades a los supuestos en que la sociedad transmitente estuviera constituida conforme al Derecho nacional.

²⁹⁷ STJUE de 16 de julio de 1998, *Imperial Chemical Industries (ICI)*, asunto C-264/96. El Reino Unido supeditaba el derecho a una desgravación fiscal al requisito de que la actividad de la sociedad *holding* consistiera en ser titular, única o principalmente, de las acciones de filiales

No obstante, en otra serie de pronunciamientos el Tribunal ha sido más restrictivo con el alcance de la libertad de establecimiento y ha admitido algunas restricciones previstas en la normativa de los Estados miembros amparadas en objetivos legítimos compatibles con el Tratado y justificadas por razones imperiosas de interés general. Este es el caso de las SSTJUE de 13 de diciembre de 2005, *Marks & Spencer*, asunto C-446/03²⁹⁸ o de 18 de julio de 2007, *Oy AA*, asunto C-231/05²⁹⁹.

Como ya indicamos anteriormente, la mayoría de estos pronunciamientos ponen en evidencia un conjunto de medidas nacionales defensivas, contrarias a los objetivos del Tratado, al impedir o dificultar el ejercicio de la libertad de establecimiento por residentes en otros Estados miembros. En este sentido, este conjunto de pronunciamientos han ido principalmente encaminados a garantizar un verdadero mercado único, construido sobre el pilar de la plena libertad de empresa en el seno de la UE.

que tuvieran su domicilio social en el Reino Unido. En este caso, como señala CORDENEWER, existe una verdadera distorsión a la libre elección del residente de invertir en el exterior, lo que califica como “vertical non-discrimination”, al enfrentar una situación transfronteriza con una hipotética situación doméstica. Véase: CORDEWENER, A., “EC law protection against ‘horizontal’ tax discrimination on the rise – or how to play snooker in an Internal Market”, *EC Tax Review*, núm. 7, 2007, pág. 210. Ante un supuesto similar, el Tribunal condenó a Francia en la STJUE de 27 de noviembre de 2008, *Papillon*, asunto C-418-07, por limitar la concesión del régimen de imposición de grupo a las sociedades matrices cuyas sociedades subfiliales estuvieran controlados por filiales residentes en otro Estado miembro.

²⁹⁸ En uno de los asuntos de referencia de la jurisprudencia comunitaria, el TJUE admitió los motivos alegados por el Reino Unido para justificar una clara restricción a la libertad de establecimiento que excluía, con carácter general, que una sociedad matriz residente dedujera de su beneficio imponible las pérdidas sufridas en otro Estado miembro por una filial establecida en el mismo, cuando ya estuviera prevista tal posibilidad para pérdidas sufridas por las filiales residentes. Los tres motivos, que vistos en su conjunto, aceptó el Tribunal fueron el adecuado equilibrio en el reparto de la facultad tributaria, el riesgo de doble imputación de pérdidas y el riesgo de evasión fiscal. Admitidos estos motivos, el juicio de proporcionalidad se condicionó a que no se produjeran determinadas situaciones irreversibles que impidieran computar las pérdidas. En este asunto, como afirma CALDERÓN CARRERO, adoptó una decisión de contenido claramente político más que jurídico, adaptándose a la preocupación de los Estados miembros. Sin embargo, este acierto parcial no priva que el Tribunal deje varias cuestiones en el aire. Véase: CALDERÓN CARRERO, J. M., “La jurisprudencia del TJUE: los efectos del principio de no discriminación y las libertades básicas comunitarias sobre la legislación nacional en materia de imposición directa”, en AA.VV., *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, coordinador: Nestor Carmona Fernández, CISS, Valencia, 2012, págs. 969-971.

²⁹⁹ En este caso, el Tribunal consideró conforme al Tratado un régimen finlandés que únicamente confería el derecho a deducir de la renta imponible de una filial una transferencia financiera realizada en favor de la sociedad matriz si ambas tenían su domicilio en el mismo Estado miembro. A juicio del TJUE, esta medida perseguía objetivos legítimos compatibles con el Tratado (el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros y evitar la evasión fiscal), amparados por razones imperiosas de interés general y resultaban adecuados para garantizar la consecución de tales objetivos.

Con carácter general, por tanto, esta jurisprudencia promueve las condiciones para que las sociedades puedan acceder a todos los instrumentos que ofrecen otros ordenamientos, instrumentos entre los que, obviamente, se encuentra el elemento fiscal.

Hay que destacar la especial conexión existente entre esta libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales. Si la participación en otra empresa es tal que exista una influencia real en las decisiones de esta última, el Tribunal considera que son de aplicación preferentemente las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento³⁰⁰. En cambio, solo si la empresa percibe únicamente dividendos por una participación que no le confiere esta influencia real, el caso deberá analizarse conforme a la libre circulación de capitales³⁰¹.

En los dos siguientes puntos abordaremos un par de cuestiones fundamentales para entender la conexión de las libertades fundamentales con las posibilidades de arbitraje fiscal y con el nacimiento y condiciones de desarrollo de la competencia fiscal en la UE. Para empezar, concretaremos las particularidades societarias en relación a la imposición de salida. Un campo en el que dos pronunciamientos recientes han creado una jurisprudencia en cierta medida autónoma respecto a la analizada con anterioridad en el ámbito de las personas físicas. Posteriormente, realizaremos un examen breve de una cuestión capital como son las medidas antiabuso de los Estados miembros contra la elusión fiscal y las medidas de deslocalización de las sociedades. La limitación del estudio que realizaremos no debe extender la idea de que esta es una cuestión secundaria, pues en la actualidad conforma el principal instrumento de lucha contra las actitudes más agresivas de planificación de algunos contribuyentes. De hecho, como comprobaremos en el capítulo quinto, las normas antiabuso son una de las áreas que el Grupo del Código de Conducta ha incluido en su programa de trabajo desde el año 2008.

³⁰⁰ SSTJUE de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes*, asunto C-196/04, apartado 31; de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in Class*, asunto C-374/04, apartado 39; de 18 de julio de 2007, *Oy AA*, asunto C-231/05, apartado 20 o de 26 de junio de 2008, *Burda*, asunto C-284/06, apartado 69.

³⁰¹ Esta distinción se puede observar con claridad en la STJUE de 21 de noviembre de 2002, *X e Y*, asunto C-436/00, apartado 75. Del mismo modo, en la STJUE de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in Class*, asunto C-446/04, apartado 95.

Paralelamente, además la Comisión recoge en su *Recomendación sobre la planificación fiscal agresiva* de 6 de diciembre de 2012, C (2012) 8806 final, la adopción por parte de los Estados miembros de una norma general común de lucha contra el fraude³⁰².

6.4.2 Los impuestos de salida en las personas jurídicas

Al igual que sucede en relación a las personas físicas, cuando una sociedad decide trasladar su sede o el núcleo de sus actividades a otro Estado, este traslado implica la pérdida de control, de soberanía, del anterior Estado de residencia en favor de otro. Es frecuente y lógico que este trate de blindar sus intereses estableciendo algunos obstáculos al ejercicio de esta libertad para que, al menos, no se emplee esta táctica como medio de elusión, tratando de beneficiarse de una tributación de plusvalías ya generadas pero no devengadas en otro Estado con menor tributación.

Los *impuestos de salida* son, por tanto, una medida defensiva de los Estados vinculada a la lucha contra la competencia fiscal perjudicial. Tras examinar los primeros pronunciamientos del Tribunal en relación con las personas físicas, en este punto vamos a analizar otros que señalan algunas particularidades en los traslados de sociedades.

Una primera cuestión compleja es aclarar la vinculación entre el trato del traslado desde un plano societario (estrictamente mercantil) y el plano fiscal³⁰³.

³⁰² Concretamente en el apartado 4.2 de dicha Recomendación, con el siguiente texto: “Es preciso ignorar todo mecanismo artificial o serie de mecanismos artificiales introducidos con el objetivo fundamental de evadir impuestos y que conducen a una ventaja impositiva. Las autoridades nacionales deben tratar estos mecanismos a efectos fiscales en referencia a su realidad económica”. El objetivo de esta cláusula antiabuso genérica es “evitar la complejidad derivada de la existencia de muchas normas diferentes” permitiendo una respuesta más rápida y simple que la propia de las medidas específicas contra el fraude.

³⁰³ Traemos a colación la magnífica síntesis de estos dos planos del traslado societario realizada por MARTÍNEZ RIVAS : “Es frecuente que dicho cambio quede sujeto a requisitos legales muy exigentes por parte de los Estados implicados, tanto por parte del «Estado de origen» como por parte del «Estado de destino». Ello se explica por motivos fiscales, ya que la mayor parte de las leyes fiscales estatales utilizan como criterios de sujeción al impuesto de sociedades, el «domicilio» o «sede» de la sociedad. Por ello, una «emigración de la sociedad» de un país a otro comporta un cambio de la Ley aplicable al impuesto de sociedades. Los Estados se resisten a dejar escapar a las sociedades con sede en su territorio que desean «emigrar» a otros países con tipos fiscales más reducidos”. MARTÍNEZ RIVAS, F., “Traslado Internacional de la sede social en la

El resultado de esta conexión tiene mucho que ver con los dos criterios fundamentales que adoptan los Estados para determinar la *lex societatis* que regirá los designios de una sociedad, el criterio de constitución (o incorporación) y el criterio de sede real³⁰⁴. Conforme al criterio de constitución, el único elemento relevante es la ley del Estado con arreglo a la cual se ha constituido la sociedad, siendo indiferente el domicilio social, la sede real o el lugar de constitución. El traslado de cualquiera de estos elementos no incidirá, salvo que se indique lo contrario, ni en la ley aplicable ni en la personalidad jurídica de la sociedad.

Por el contrario, si se emplea el criterio de sede real, un traslado de la sede de una sociedad al extranjero implica su disolución (salvo que se permita expresamente su continuidad jurídica), debiendo constituirse de nuevo conforme a la legislación del Estado de recepción. En este caso, aparentemente, no se respeta la libertad de establecimiento ya que se impide *de facto* el traslado de la personalidad jurídica constituida en el Estado de origen. Además, la disolución supone en principio la materialización de las plusvalías latentes y, por tanto, la obligación de declararlas, dando origen al mismo efecto que un impuesto de salida, pero sin la protección de la jurisprudencia comunitaria en la materia (ya que nos encontramos ante un fenómeno de Derecho interno). Es decir, la desaparición de la personalidad jurídica produce el devengo de dichas plusvalías a efectos de poder valorar los bienes en el momento de liquidación de la sociedad, al mismo nivel que en el momento del fallecimiento de una persona física³⁰⁵.

Unión Europea: del caso «Daily Mail» al caso «Cartesio». Veinte años no son nada”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 1, núm. 1, 2009, pág. 134.

³⁰⁴ Para una lectura en profundidad sobre ambos criterios recomendamos GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., “Derecho de sociedad y conflicto de leyes: la determinación de la *Lex societatis* y su ámbito de aplicación”, *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 19, 2004, págs. 67-176.

³⁰⁵ Explica de manera muy clara esta equivalencia de efectos DE PIETRO, C., “Exit tax: territorialidad y movilidad societaria”, *Studi Tributari Europei*, núm. 1/2009, pág. 14: “A decir verdad, los efectos de la disolución en los casos de traslado son, en sentido propio, aquéllos que según los jueces de Luxemburgo determinan que el *exit tax* resulte contrario a la libertad de establecimiento, es decir, el gravamen inmediato y sin que se produzca su efectiva y real realización de todas las plusvalías generadas en el momento del traslado (latentes, por tanto), en conexión con el mero ejercicio de una de las libertades fundamentales”.

La jurisprudencia del TJUE ha venido a refrendar el derecho de los Estados a elegir entre uno u otro criterio. En 1988 el Tribunal reconoció en el pionero asunto *Daily Mail*³⁰⁶, al hilo de las disparidades entre los Estados miembros³⁰⁷, que el Tratado no reconocía un derecho a trasladar la sede de dirección o de administración a otro Estado miembro y conservar la personalidad jurídica conforme al ordenamiento del Estado en que fueron constituidas³⁰⁸. Por suerte, una línea jurisprudencial posterior ha matizado esta aseveración tan rígida. Entre los hitos principales de esta jurisprudencia encontramos el asunto *Centros*³⁰⁹, en que el Tribunal obligó a Dinamarca, que aplicaba el criterio de sede real, a reconocer la inscripción de la sucursal de una sociedad británica, Estado en el que se aplica el criterio de constitución³¹⁰. En sucesivos pronunciamientos, asuntos *Überseering*³¹¹, *Inspire Art*³¹², *Sevic*³¹³

³⁰⁶ STJUE de 27 de septiembre de 1988, *Daily Mail*, asunto C-81/87.

³⁰⁷ A diferencia de las personas físicas, las sociedades “sólo tienen existencia a través de las diferentes legislaciones nacionales que regulan su constitución y su funcionamiento”. Véase: STJUE 81/87, asunto *Daily Mail*, apartado 19.

³⁰⁸ STJUE 81/87, asunto *Daily Mail*, apartado 24.

³⁰⁹ STJUE de 9 de marzo de 1999, *Centros Ltd*, asunto C-212/97.

³¹⁰ En palabras de MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN CARRERO, este pronunciamiento supone: “el reconocimiento del derecho al traslado de la sede de dirección efectiva de las sociedades en el ámbito de la libertad de establecimiento”. MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M., “Los impuestos de salida y el Derecho comunitario europeo a la luz de la legislación española”, *op. cit.* pág. 58.

³¹¹ STJUE de 5 de noviembre de 2002, *Überseering BV*, asunto C-208/00. En este asunto el Tribunal impuso a Alemania al reconocimiento de la capacidad jurídica de sociedades constituidas en otro Estado miembro. Por tanto, a pesar de que un Estado (como Alemania) haya adoptado el criterio de sede real, debe reconocer las sociedades constituidas en el otro Estado (lo que permite a estas seguir sujetas a su legislación de origen a pesar del traslado de la actividad) sin poder imponer el criterio propio que exige constituirse conforme a la legislación del Estado donde se ejerce la actividad principal.

³¹² STJUE de 30 de septiembre de 2003, *Inspire Art Ltd.*, asunto C-167/01. En esta sentencia el Tribunal condena a Holanda por exigir requisitos sustantivos adicionales como la inscripción en el Registro Mercantil o el cumplimiento del capital mínimo a las sociedades constituidas en otro Estado miembro. Esta medida es incompatible con la libertad de establecimiento incluso si la sociedad realiza sus actividades exclusiva o principalmente en el Estado miembro de su sucursal y no en el Estado miembro en que tiene su domicilio social.

³¹³ STJUE de 13 de diciembre de 2005, *Sevic System AG*, asunto C-411/03. En este asunto el Tribunal matizó el criterio de sede real vigente en Alemania, obligándola a admitir que en las fusiones transfronterizas no se debía liquidar la sociedad alemana participante, bloqueando así la aplicación de la normativa de origen de una sociedad (que en este caso imponía la disolución y posterior liquidación) en el supuesto de realizar una operación vinculada a la libertad de establecimiento como una fusión transnacional.

o *Cartesio*³¹⁴ el Tribunal ha profundizado en el reconocimiento mutuo de sociedades y en señalar límites a los posibles obstáculos del Estado de destino a este traslado de sociedades.

La principal conclusión que debemos extraer de estos asuntos es que la jurisprudencia en materia tributaria no resulta de aplicación cuando, por vigencia del criterio de sede real, se imponga la disolución de la sociedad que se traslada a otro Estado miembro, aunque el efecto de esta disolución (imposición inmediata de las plusvalías latentes) tenga un efecto equivalente a un impuesto de salida. Por tanto, los dos casos que analizaremos a continuación ven acotado su ámbito de acción a los traslados societarios desde Estados en los que rige el criterio de constitución o a los supuestos en que, aunque se opte por el criterio de sede real, se permita el traslado de la sede de dirección efectiva de una sociedad sin imponer su disolución.

El primero de estos asuntos es la STJUE de 29 de noviembre de 2011, *National Grid Indus*, asunto C-371/10, que vuelve a tener como jurisdicción de fondo Holanda, tal y como sucediera en el asunto *N*, Estado en el que se aplica el criterio de constitución. La relevancia de este asunto no ha pasado desapercibida para la doctrina, que se ha puesto manos a la obra para desgranar las novedades que esta sentencia aporta al campo de los impuestos

³¹⁴ STJUE de 16 de diciembre de 2008, *Cartesio*, asunto C-210/06. En esta última sentencia el Tribunal fue más conservador de lo esperado tras la conclusiones del AG Poiares Maduro. Una crítica a este paso atrás del Tribunal la encontramos en: MARTÍNEZ RIVAS, F., “Traslado Internacional de la sede social...”, *op. cit.* págs. 132-142 y DOURADO, A. P. y PISTONE, P., “Looking Beyond Cartesio: Reconciliatory Interpretation as a Tool to Remove Tax Obstacles on the Exercise of the Primary Right of Establishment by Companies and Other Legal Entities”, *Intertax*, Vol. 37, núm. 6-7, 2009, pág. 342. En concreto, el caso versa sobre una sociedad húngara que pretendía trasladarse a Italia y mantener su personalidad jurídica conforme al Derecho húngaro, ordenamiento que preveía, sin embargo, su disolución por aplicación del criterio de sede real. La principal conclusión que podemos extraer de esta sentencia es que, a pesar de reconocer la plena vigencia y legitimidad del criterio de sede real, el Tribunal obliga al Estado de salida a reconocer a la sociedad el “derecho a transformarse”, sin previa disolución o liquidación, cuando así lo permita el Estado miembro de destino. En definitiva, el Estado tiene un “derecho de expulsión” de su ordenamiento si desaparece el vínculo de la sede real, pero no un “derecho de disolución”, que solo se concretará en el supuesto en que el Estado de destino no reconozca la personalidad jurídica de la sociedad extranjera, hecho que obligaría a constituir una nueva sociedad. Aunque nosotros somos favorables respecto a esta solución, existen autores muy críticos con la aplicación práctica de esta jurisprudencia: SCHNEEWEISS, H., “Exit Taxation after Cartesio: The European Fundamental Freedoms Impact on Taxing Migrating Companies”, *Intertax*, Vol. 37, núm. 6-7, 2009, pág. 374.

de salida sobre personas jurídicas³¹⁵; materia en la que, como indicamos anteriormente, se consideraban hasta entonces de aplicación plenamente los pronunciamientos previos en los asuntos *Lasteyrie y N.*

En este asunto *National Grid Indus*, al hilo de una cuestión prejudicial, el Tribunal entra a valorar la compatibilidad comunitaria del impuesto de salida previsto en la normativa holandesa en el caso de traslado de la sede de dirección efectiva de una sociedad a otro Estado miembro, en este caso Reino Unido³¹⁶. Aunque el único activo de la sociedad National Grid Indus era un crédito nominado en florines, las diferencias de cambio eran plusvalías que se devengaron en el momento del traslado dando lugar a una liquidación cuyo pago se exigía de forma inmediata, sin posibilidad de aplazamiento y sin la posibilidad de tener en cuenta posteriores minusvalías.

Siguiendo el *iter* del TJUE, observamos en primer lugar que no duda al afirmar que la normativa holandesa constituye una restricción a la libertad de establecimiento³¹⁷. Sin embargo, el juez comunitario acepta la invocación del reparto equilibrado de la potestad tributaria como causa de justificación de esta

³¹⁵ Entre los trabajos más recientes destacamos: KRONENBERGER, V. "Conséquences fiscales du transfert de siège d'une société au sein de l'Union : la Cour retient une solution équilibrée. CJUE, 29 novembre 2011, National Grid Indus BV, aff. C-371/10", *Revue des affaires européennes*, núm. 4, 2011, págs. 833-844; NAVEZ, E., "Le traitement fiscal du transfert de résidence face à la liberté d'établissement des sociétés en droit de l'UE - De Daily Mail à National Grid Indus: évolution, révolution et au-delà?", *Cahiers de droit européen*, Vol. 47, núm. 3, 2011, págs. 611-658; VAN DEN BROEK, H. y MEUSSEN, G., "National grid indus case: re-thinking exit taxation", *European Taxation*, Vol. 52, núm. 4, 2012, págs. 190-196. CAPITTA, F. y LETIZIA, G. "National grid indus case: consequences under an italian perspective", *EC tax review*, vol. 21, núm. 5, 2012, págs. 277-282; KOK, R., "Exit Taxes for Companies in the European Union after National Grid Indus", *EC Tax Review*, Vol. 21, núm. 4, 2012, págs. 200-206; THÖMME, O. y LINN, A., "Deferment of Exit Taxes after National Grid Indus: Is the Requirement to Provide a Bank Guarantee and the Charge of Interest Proportionate?", *Intertax*, Vol. 40, núm. 8-9, 2012, págs. 485-493; CEJIE, K. "Emigration taxes -- Several questions, few answers: from Lasteyrie to National Grid Indus and beyond", *Intertax*, Vol. 40, núm. 6-7, 2012, págs. 382-399. Estos trabajos son simultáneos a la publicación de los dos trabajos a que hicimos mención anteriormente: MARTÍN RODRÍGUEZ, J. M., "Un nuevo hito en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre impuestos de salida: el asunto *National Grid*", op. cit., págs. 531-560 y MARTÍN RODRÍGUEZ, J. M., "Los impuestos de salida: un análisis actualizado de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", op. cit., 29-65.

³¹⁶ En el momento de la sentencia este impuesto de salida se recogía expresamente en los artículos 15c y 15d de la ley del impuesto sobre sociedades y en los artículos 3.60 y 3.61 de la Ley del impuesto sobre la renta de 2001.

³¹⁷ STJUE C-371/10, asunto *National Grid Indus*, apartado 41.

restricción³¹⁸, de conformidad con el principio de territorialidad y conforme a un criterio temporal. Así, el Tribunal admite que el Estado holandés únicamente pretende ejercer su potestad tributaria sobre las plusvalías generadas en su territorio durante el periodo en que National Grid Indus fue residente³¹⁹.

Aceptada esta razón imperiosa de interés general, el Tribunal pasa a examinar la proporcionalidad de la liquidación inmediata prevista por la normativa holandesa. Es aquí donde encontramos los principales elementos de ruptura respecto a la jurisprudencia anterior. En primer lugar, al contrario que había establecido en el asunto *N*³²⁰, el Tribunal admite la proporcionalidad de una normativa como la holandesa que no tiene en cuenta las minusvalías realizadas con posterioridad al traslado de la sede de dirección efectiva³²¹.

Del mismo modo, el Tribunal acoge en parte las alegaciones de los Estados y admite que la compleja situación patrimonial de una sociedad, con innumerables elementos patrimoniales, puede hacer prácticamente imposible un seguimiento posterior de los mismos hasta el momento de su efectiva realización. De hecho, en palabras del Tribunal, la carga administrativa asociada a tal seguimiento puede generar por sí misma, “un obstáculo a la

³¹⁸ Los distintos Gobiernos que presentaron observaciones argumentaron también la posibilidad de justificar la normativa de impuestos de salida conforme a los principios de coherencia del sistema fiscal y de defensa frente al riesgo de elusión fiscal. En relación a la coherencia del sistema fiscal, el Tribunal hace suya la afirmación expresada por la Abogada General Kokott en el punto 99 de sus conclusiones cuando afirma que “las demandas de la coherencia fiscal y del reparto equilibrado de la potestad tributaria coinciden”. Por el contrario, el Tribunal, sobre la base de su abundante jurisprudencia al respecto, se muestra contrario a la postura de varios Estados de intentar justificar la imposición de salida en un riesgo difuso de elusión fiscal. Tal y como señala en el apartado 84 de la sentencia *National Grid*: “el mero hecho de que una sociedad traslade su sede a otro Estado miembro no puede fundamentar una presunción general de fraude fiscal ni servir de justificación a una medida que vaya en detrimento del ejercicio de una libertad fundamental garantizada por el Tratado”.

³¹⁹ De este modo, las plusvalías latentes resultan gravadas en el Estado miembro en el que se generaron mientras que las plusvalías realizadas con posterioridad al traslado de la sede se gravan exclusivamente en el Estado miembro de acogida en el que se generan, hecho que evita que resulten gravadas dos veces. STJUE *National Grid Indus*, apartado 48.

³²⁰ STJUE C-470/04, asunto *N*, apartado 54.

³²¹ STJUE C-371/10, asunto *National Grid Indus*, apartado 56. El principal argumento para sostener la proporcionalidad de la medida es la especial afección de los activos de una sociedad a un concreto fin: la generación de beneficio. Si la finalidad del activo es contribuir a un beneficio que tras el traslado de la sede de dirección efectiva se gravará en el Estado de acogida, es lógico que sea dicho Estado, conforme al principio de territorialidad fiscal, el que asuma las repercusiones fiscales de los posibles cambios de valor del activo con posterioridad a su traslado, ya que influyen en el cálculo de un beneficio que le corresponde gravar a él en exclusiva. Apartados 57-61.

libertad de establecimiento, obstáculo que no necesariamente sería menos lesivo de esta libertad que el cobro inmediato de la deuda tributaria correspondiente a dicha plusvalía” (apartado 71). No obstante, las sociedades deben poder escoger entre asumir las cargas del seguimiento o soportar la liquidación inmediata de las plusvalías. Eso sí, el Tribunal admite, en uno de los principales giros de esta jurisprudencia³²², que el Estado de salida puede exigir, para protegerse del riesgo de falta de cobro asociado al transcurso del tiempo desde la liquidación hasta la efectiva realización de las plusvalías, medidas de salvaguarda como la constitución de una garantía bancaria³²³.

En conclusión, el aspecto más relevante de esta jurisprudencia es que el Tribunal admite la especialidad de la imposición de salida sobre las personas jurídicas y abre la puerta para que los Estados puedan exigir el cobro inmediato (con la posibilidad de aplazar el pago si se aporta garantía) en aquellos traslados con mayores cargas administrativas³²⁴.

El asunto *National Grid Indus* vio la luz en un momento crítico, en el que varios Estados tenían sobre la mesa denuncias contra su legislación nacional en materia de impuestos de salida sobre personas jurídicas³²⁵. Mediante su

³²² Véase la rotundidad con que el Tribunal señalaba la desproporcionalidad de la exigencia de garantías para acceder al aplazamiento en la STJUE C-470/04, asunto *N*, apartado 51.

³²³ STJUE C-371/10, asunto *National Grid*, apartado 74. Aceptar la proporcionalidad de esta garantía está directamente conectado con la falta de confianza en la capacidad de los mecanismos de asistencia mutua para dar respuesta a una situación tan completa como un traslado societario. Como observamos anteriormente, sin embargo, el Tribunal se refugia en estos mecanismos para declarar desproporcionados los efectos de la anterior redacción del artículo 14.3 LIRPF de la legislación española. Véase: STJUE C-269/09, asunto *Comisión/España*, apartados 70-75.

³²⁴ De hecho esta es la postura de la Abogada General Kokott, que en sus conclusiones sobre este asunto *National Grid Indus* admitió que, cuando los elementos patrimoniales de la empresa trasladada “no puedan ser razonablemente objeto de seguimiento” puede ser admisible el cobro de las plusvalías antes de su realización. Sin embargo, si su seguimiento es sencillo, resultaría desproporcionado exigir el pago antes de la realización efectiva de las plusvalías latentes. Véase: Sentencia asunto *National Grid*, Conclusiones de la Abogada General Kokott, apartado 89.

³²⁵ En aquellos momentos los Estados eran: Portugal, Asunto C-38/10, *Comisión Europea/República Portuguesa*, Diario Oficial de la Unión Europea, 27 de marzo de 2010, C 80/08; Dinamarca, Asunto C-261/11, *Comisión Europea/Reino de Dinamarca*, Diario Oficial de la Unión Europea, 13 de agosto de 2011, C 238/5; Holanda, Asunto C-301/11, *Comisión Europea/Reino de los Países Bajos*, Diario Oficial de la Unión Europea, 27 de agosto de 2011, C 252/20 y España, Asunto C-64/11, *Comisión Europea/Reino de España*, Diario Oficial de la Unión Europea, 9 de abril de 2011, C 113/8. Además, existen sendos procedimientos abiertos contra Irlanda: Press Releases, IP/11/78, 27 de enero de 2011 y más recientemente contra Reino Unido: Press Releases, IP/12/285, 22 de marzo de 2012.

fallo, el Tribunal parece prepararse para este aluvión de cuestiones y suaviza la aplicación estricta de la jurisprudencia previa en los asuntos *Lasteyrie* y *N*, aunque mantiene algunas de sus premisas fundamentales, como la imposibilidad de exigir el cobro inmediato de las plusvalías, sin dar siquiera opción al aplazamiento, sin importar el fin invocado o la complejidad del traslado.

El pasado 6 de septiembre de 2012 el Tribunal ha tenido ocasión de reafirmar esta jurisprudencia y posicionarse respecto a estas denuncias pendientes en su respuesta al asunto *Comisión/Portugal*, C-38/10. En una sentencia corta y previsible³²⁶, el TJUE declara los artículos 76 A y 76 B del CIRC (Codigo do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas) incompatibles con la libertad de establecimiento. En estos dos artículos se configuraba un impuesto de salida sobre las plusvalías latentes, tanto en caso de transferencia del domicilio social o dirección efectiva, como en caso de transferencia a otro Estado miembro de activos afectos a un establecimiento permanente en Portugal. Identificada con claridad la diferencia de trato respecto a un traslado interno y la existencia de la restricción³²⁷, el Tribunal retoma los argumentos esgrimidos en el asunto *National Grid Indus* para declarar que la normativa portuguesa, al imponer como única alternativa el gravamen inmediato sobre las plusvalías, resulta incompatible con el Tratado³²⁸.

La rotundidad y claridad con que el Tribunal ha despachado el asunto *Comisión/Portugal* vaticina fallos similares en los procesos contra los demás

³²⁶ La previsibilidad de este fallo se hace patente si observamos que incluso el propio Estado portugués reconoció en un escrito al TJUE tras la publicación de la sentencia del asunto *National Grid Indus*, que la solución pasaría simplemente por evitar que las sociedades que desearan trasladarse a otro Estado miembro hubieran de abonar inmediatamente la totalidad del gravamen de las plusvalías latentes generadas en el territorio portugués. Véase: STJUE de 6 de septiembre de 2012, *Comisión/Portugal*, asunto C-38/10, apartado 33. Consideraba también claro el destino de la norma portuguesa: PINTO NOGUEIRA, J. F., “Los impuestos de salida sobre personas jurídicas en Portugal”, *Studi Tributari Europei*, núm. 1/2009, pág. 21.

³²⁷ STJUE C-38/10, asunto *Comisión/Portugal*, apartados 27-29.

³²⁸ STJUE C-38/10, asunto *Comisión/Portugal*, apartados 31-32. En concreto, el Tribunal recuerda que sería siempre menos lesivo que el pago inmediato ofrecer la alternativa, como recogió en el apartado 73 del asunto *National Grid Indus*, entre el pago inmediato y el pago diferido del importe de dicho gravamen, acompañado este último, en su caso, de intereses con arreglo a la normativa nacional aplicable y de las garantías necesarias.

Estados con causas pendientes. La jurisprudencia sentada en el asunto *National Grid Indus* es lo suficiente clara. Los Estados únicamente pueden motivar la restricción en la necesidad de un reparto adecuado de la potestad tributaria. Sin embargo, aunque las cargas administrativas de un seguimiento puedan ser aún más gravosas que el gravamen inmediato de las plusvalías debe permitirse que las sociedades decidan entre uno u otro criterio. Además, el gravamen inmediato debe poderse aplazar en condiciones ordinarias, pudiendo el Estado de salida, eso sí, solicitar las garantías pertinentes para asegurar el cobro de su crédito.

6.4.3 Las principales cláusulas antiabuso. Subcapitalización y *Control Foreign Corporations*

El ejercicio de la libertad de establecimiento permite a las sociedades comunitarias actuar en múltiples ordenamientos. La complejidad de las relaciones creadas en estos entramados societarios permite no solo aprovechar las ventajas de los diferentes ordenamientos, sino crear estructuras orientadas de modo específico a eludir el cumplimiento de las legislaciones nacionales. Como sintetizan extraordinariamente TERRA y WATTEL: “the Treaty Freedoms encompass free movement of tax avoiders”³²⁹. Los Estados miembros, en protección de sus intereses nacionales, principalmente recaudatorios, han desarrollado un conjunto de medidas para combatir este uso abusivo de las libertades comunitarias³³⁰.

En un primer momento el TJUE fue poco proclive a aceptar la prevención de la evasión fiscal como medio para justificar una restricción a las

³²⁹ TERRA, B. y WATTEL, P., “European Tax Law”, *op. cit.*, pág. 358.

³³⁰ Según SANZ GÓMEZ el uso abusivo de una libertad se define como: “el ejercicio de la misma que, sin alcanzar ninguno de los objetivos del Tratado, esté orientado exclusivamente a evitar la aplicación de una disposición de un ordenamiento nacional. Véase: SANZ GÓMEZ, R. J., “Las cláusulas anti-abuso específicas tributarias frente a las libertades de circulación de la Unión Europea”, *op. cit.*, pág.119. Para un análisis comparado de estas medidas antiabuso nos remitimos a: ADAME MARTÍNEZ, F. D., “Las medidas antiabuso en Derecho Comparado: análisis del estado de la cuestión en Italia, Francia y Alemania”, en AA.VV., *Repercusiones tributarios de la ampliación de la Unión Europea*, directores: Jose María Labeaga Azcona y Pablo Chico de la Cámara, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2010, págs. 507-521.

libertades comunitarias³³¹. Poco a poco, en cambio, ha ido abriendo la mano para admitir medidas estatales con este fin, pero únicamente cuando estas estuvieran específicamente orientadas contra “montajes puramente artificiales”³³². Esta jurisprudencia antiabuso se afianzó en el campo de la fiscalidad indirecta a través de la STJUE de 21 de febrero de 2006, *Halifax*, asunto C-255/02, en que el Tribunal aplicó en el campo de la fiscalidad un doble test, objetivo y subjetivo para identificar la existencia de abuso³³³. Posteriormente, este mismo planteamiento ha sido extendido al ámbito de la fiscalidad directa y conectado explícitamente con el ejercicio de la libertad de establecimiento. En este caso, nos centraremos en dos de las medidas estatales antielusión más comunes y que han sido sometidas a un examen más intenso por parte del Tribunal de Justicia: las cláusulas sobre subcapitalización y las normas de transparencia fiscal internacional, conocidas como *Control Foreign Corporations* o CFCs.

La relevancia de estas cuestiones para las instituciones comunitarias se hizo evidente con la publicación en 2007 de la Comunicación: *Aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa dentro de la UE y en relación con terceros países*, 10 de diciembre de 2007, COM (2007) 785 final. En este documento la Comisión analiza los principios derivados de la jurisprudencia comunitaria y sienta las bases para un diálogo

³³¹ STJUE de 28 de enero de 1986, *Avoir Fiscal*, asunto 270/83, apartado 25.

³³² El conocido en inglés como “wholly artificial test” fue introducido por primera en la STJUE de 16 de julio de 1998, *ICI*, asunto C-264/96, apartado 26:

“En lo que se refiere a la justificación basada en el riesgo de evasión fiscal, basta con señalar que la normativa de que se trata no tiene por objeto específico excluir de una ventaja fiscal los montajes artificiosos cuyo objetivo sea eludir la ley fiscal del Reino Unido, sino que contempla, en general, cualquier situación en la que la mayoría de las sociedades filiales de un grupo se hallen establecidas fuera del Reino Unido por la razón que sea. Pues bien, el establecimiento de una sociedad fuera del Reino Unido no implica, en sí, la evasión fiscal, ya que la sociedad en cuestión estará sujeta, de todos modos, a la legislación fiscal del Estado de establecimiento.”

³³³ El componente objetivo es que “las operaciones de que se trate tengan como resultado la obtención de una ventaja fiscal cuya concesión sería contraria al objetivo perseguido por tales disposiciones”. El componente subjetivo del test, en cambio, es que “la finalidad esencial de las operaciones de que se trate consista en obtener una ventaja fiscal”. Este componente subjetivo queda excluido, por tanto, cuando las operaciones en cuestión pueden tener una justificación distinta de la mera obtención de ventajas fiscales, es decir, cuando existe sustancia económica. Véase: STJUE de 21 de febrero de 2006, *Halifax*, asunto C-255/02, apartados 74-75. Este doble test fue empleado por primera vez en un asunto no fiscal, relativo a la exportación y posterior importación de productos entre Alemania y Suiza, STJUE de 14 de diciembre de 2000, *Emsland-Stärke*, asunto C-110/99, apartados 52-53.

coherente, aclarando definiciones, formas de aplicación y exponiendo su interpretación. Más recientemente, se publicó la *Resolución del Consejo de 8 de junio de 2010 sobre la coordinación de las normas sobre transparencia fiscal internacional (SEC) y subcapitalización en la Unión Europea*, 2010/C 156/01. Esta resolución sugiere un conjunto de principios rectores para la aplicación de estas normas antiabuso que expondremos a continuación. Más recientemente, el 6 de diciembre de 2012 la Comisión publicó su Comunicación: *Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal*, COM (2012) 722/2, en la que sugiere la revisión de las medidas vigentes en las diferentes directivas contra las prácticas abusivas y la inclusión de una norma general común³³⁴.

6.4.3.1 La subcapitalización

Con carácter general una sociedad se entiende subcapitalizada cuando existe una desproporción evidente entre los recursos propios y el conjunto de partidas que configuran los recursos ajenos³³⁵. Aunque en principio las sociedades son libres para adoptar sus decisiones de financiación, las situaciones de subcapitalización pueden estar orientadas a eludir el poder tributario de un Estado mediante la transferencia encubierta de beneficios entre sociedades vinculadas³³⁶. En un esquema internacional, los grupos transnacionales tratarán que los gastos financieros erosionen las bases en las jurisdicciones de mayor tributación y que los ingresos correlativos vayan con

³³⁴ COM (2012) 722/2, apartado 8, con la rúbrica *Recomendación sobre la planificación fiscal agresiva*: “La Comisión también recomienda que se utilice una norma general común contra las prácticas abusivas. Ello ayudaría a mantener la coherencia y la eficacia en un ámbito en que la práctica de los Estados miembros varía considerablemente. Las Directivas fiscales de la UE (Directivas sobre el pago de intereses y cánones, sobre fusiones, y sobre sociedades matrices y filiales) permiten ya a los Estados miembros aplicar mecanismos de salvaguardia contra las prácticas abusivas. Los Estados miembros pueden utilizar estas posibilidades para evitar la planificación fiscal abusiva sin dejar de respetar la legislación de la UE”.

³³⁵ ESTEVE PARDO, M. L., “Presupuestos objetivos de aplicación del régimen de subcapitalización”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 216, 2001, pág. 7.

³³⁶ VEGA BORREGO sintetiza a la perfección esta problemática: “El interés minora el beneficio obtenido por la sociedad. El beneficio, en forma de interés, se traslada a otro sujeto que puede residir en el mismo Estado o bien en un Estado tercero. De haberse repartido el beneficio mediante el pago de dividendos, no habría minorado la base imponible de la sociedad –ya que no es gasto deducible”. Véase: VEGA BORREGO, F. A., “La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del Derecho Comunitario”, *Crónica Tributaria*, núm. 104, 2002, págs. 89-125. Versión del Instituto de Estudios Fiscales, pág. 7.

destino a otras sociedades vinculadas, establecidas en jurisdicciones con una menor tributación o con un tratamiento más favorable de estos rendimientos³³⁷. Con el fin de poner coto a estas prácticas, muchos Estados miembros incluyen en su ordenamiento medidas que limitan la deducibilidad de los intereses abonados a sociedades vinculadas en situaciones de subcapitalización, recalificándolos como dividendos bajo determinadas circunstancias. Por ejemplo, en la normativa alemana objeto de la STJUE de 12 de diciembre de 2002, *Lankhorst-Hohorst*, asunto C-324/00, se establecía la no deducción de los intereses cuando el capital ajeno proveniente de un socio no residente vinculado superara la proporción 3:1 respecto a su participación en el capital propio.

En este importantísimo pronunciamiento, el Tribunal declaró la normativa alemana incompatible con la libertad de establecimiento aplicando la línea jurisprudencial de las cláusulas antiabuso³³⁸. En concreto, en el argumento que más nos interesa, rechazó que la medida pudiera justificarse por el riesgo de evasión fiscal, ya que su objetivo no eran estrictamente los montajes puramente artificiales, sino que se aplicaba a cualquier situación en la que la sociedad matriz tuviera su domicilio fuera del Estado alemán, hecho que no implica, de por sí, un riesgo de evasión fiscal (apartado 37). La principal consecuencia de este pronunciamiento era, por tanto, que se debía excluir la aplicación de estas cláusulas antisubcapitalización cuando las sociedades vinculadas estuvieran ubicadas en otros Estados miembros salvo que su aplicación se ciñese a los citados *montajes puramente artificiales*.

La rotundidad de este pronunciamiento provocó que un gran número de contribuyentes británicos formalizaran reclamaciones ante la Administración británica contra la aplicación de una norma similar. Los sucesivos recursos se integraron en una demanda colectiva cuyo proceso finalizó con una cuestión

³³⁷ DELGADO PACHECO, A., “Las medidas antielusión en la fiscalidad internacional”, *Nuevas tendencias en economía y fiscalidad internacional*, núm. 825, 2005, pág. 101.

³³⁸ Para un análisis más detallado de esta causa nos remitimos a: SCHIAVONE, G., “Libertà di stabilimento e thin capitalization: il recente caso Lankhorst-Hohorst GmbH”, *Fiscalità Internazionale*, núm. 2, 2003, págs. 145 y ss.; o CALDERÓN CARRERO, J. M., “La jurisprudencia del TJUE: los efectos del principio de no discriminación y las libertades básicas comunitarias sobre la legislación nacional en materia de imposición directa”, en AA.VV., *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, coordinador: Nestor Carmona Fernández, CISS, Valencia, 2012, págs. 925-933.

prejudicial ante el Tribunal, que la resolvió en la STJUE de 13 de marzo de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group*, asunto C-524/04. La importancia de este pronunciamiento no solo radica en que profundiza en los estrictos criterios para validar las cláusulas sobre subcapitalización, sino que enuncia una serie de principios que pueden ser empleados, con carácter general, en todos los supuestos de precios de transferencia entre partes vinculadas³³⁹.

En último término, el TJUE vuelve a declarar la norma británica incompatible, manteniendo la línea argumentativa apuntada en el asunto *Lankhorst-Hohorst*, aunque añade nuevos elementos de valoración. En primer lugar, admite la posibilidad de que una norma de subcapitalización o de revisión de precios de transferencia a valor de mercado (*arm's length principle*) pueda ser compatible con el Derecho comunitario³⁴⁰. No obstante, para ello el Tribunal exige que estas se apliquen de modo homogéneo entre situaciones internas y situaciones intracomunitarias, que estén orientadas a perseguir montajes puramente artificiales y que, en todo caso, permitan al contribuyente demostrar la existencia de motivos comerciales subyacentes. Además, constatada la existencia del montaje, el Tribunal considera que únicamente podría estar justificada una medida antiabuso si no se produce una recalificación automática de todos los intereses abonados a partes vinculadas no residentes como beneficios distribuidos. La situación ideal sería, por tanto, que únicamente se recalifique el importe que exceda del precio que se hubiera acordado en condiciones de libre competencia³⁴¹.

La importancia de este último factor en la configuración de las normas de subcapitalización ha sido refrendada en la posterior STJUE de 17 de enero de 2008, *Lammers & Van Cleeff NV*, asunto C-105/07. La sentencia vuelve a declarar incompatible con el Tratado otra normativa estatal de subcapitalización, en este caso la de Bélgica, utilizando como principal argumento que la normativa belga no discernía entre las operaciones realizadas conforme al principio de plena competencia y aquellas que no, dado

³³⁹ CALDERÓN CARRERO, J. M., "La jurisprudencia del TJUE: los efectos del principio de no discriminación y las libertades básicas comunitarias sobre la legislación nacional en materia de imposición directa", *op. cit.*, pág. 934.

³⁴⁰ De estos extremos advierte también la COM (2007) 785 final, págs. 8-9.

³⁴¹ STJUE C-524/04, asunto *Test Claimants in the Thin Cap Group*, apartado 92.

que aplicaba indiscriminadamente a todas la recalificación de los intereses en dividendos.

Como resultado de esta jurisprudencia, podemos afirmar que el Tribunal ha restringido enormemente las posibilidades de articular una norma específica en materia de subcapitalización con todas las exigencias comunitarias. En cambio, sí parece posible que una medida de este tipo pueda encuadrarse más en el seno de la corrección de desviaciones respecto al valor de mercado en operaciones entre partes vinculadas. No olvidemos que según el Tribunal no es relevante el volumen de financiación ajena si esta se obtiene a precios de mercado³⁴². De este modo, se desconocen (o amparan) las grandes diferencias de tipos y de tratamiento de dividendos entre los Estados miembros, unas diferencias que pueden incentivar un trasvase de beneficios entre jurisdicciones mediante esquemas ficticios de financiación que permiten deducir gastos financieros en Estados de mayor tributación y trasladarlos en forma de beneficios a Estados de menor tributación.

Respecto a estas normas de subcapitalización, la ya citada *Resolución del Consejo de 8 de junio de 2010* establece un conjunto de principios rectores que sugieren, en primer lugar, que las evaluaciones se realicen caso por caso. Además, propone diferentes indicadores que pueden servir de base para identificar una atribución artificial de beneficios³⁴³. En nuestra opinión, la

³⁴² Tal y como indica WEBBER, este es el esquema por el que ha optado el Reino Unido tras la condena recibida en el asunto *Test Claimants in the Thin Cap Group*. Respecto al régimen británico véase: WEBBER, S., "Thin Capitalization and Interest Deduction Rules: A Worldwide Survey", *Tax Notes International*, Vol. 60, núm. 9, 2010, págs. 694 y ss. En concreto, la reforma elimina la proporción concreta entre fondos propios y deuda para recoger un criterio de mercado conforme al cual todo endeudamiento superior al que hubiera obtenido en una situación de independencia no ofrecerá el derecho a deducir los gastos financieros. De este modo, una sociedad se considerará subcapitalizada "when it has more debt than it either could or would borrow acting purely in its own interests, leading to the possibility of "excessive" interest deductions (i.e. a greater amount than would arise if the borrower was acting at arm's length from the lender or guarantor)". Véase: HMRC: INTM571015 - *Thin capitalisation: practical guidance - introduction: What is thin capitalisation?*

³⁴³ Entre los indicadores sugeridos por la Resolución en su letra B nos encontramos:

- a) El coeficiente de endeudamiento es excesivo.
- b) El importe del interés neto pagado por la sociedad supera determinado umbral de beneficios antes de intereses e impuestos (EBIT), o bien del resultado bruto de explotación antes del pago de intereses, impuestos, depreciación y amortización (EBITDA).
- c) La comparación entre el porcentaje de patrimonio neto de la sociedad y la del grupo en todo el mundo parece demostrar que la deuda es excesiva

enumeración de estos principios rectores parece superar en parte la rigidez presente en los pronunciamientos analizados. No obstante, está por ver si el TJUE acabaría admitiendo estos elementos probatorios en una situación valorada a precios de mercado y en la que no se cumplen estrictamente las premisas de un montaje puramente artificial.

Las dificultades para mantener operativa una norma de subcapitalización compatible con la jurisprudencia comunitaria a la par que eficiente, han inducido el inteligente golpe de timón de varios Estados miembros, que han optado por combatir la subcapitalización mediante cláusulas no discriminatorias de limitación de la deducibilidad de los intereses o *earnings stripping rules*³⁴⁴. Estas cláusulas vienen a sustituir a las reglas tradicionales de subcapitalización que fijaban niveles máximos de endeudamiento para permitir la deducibilidad de los intereses³⁴⁵ (la proporción 3:1 entre deuda y fondos propios fijada originalmente por Alemania para las sociedades *holding* era la más común) por una cláusula que limita con carácter general la deducibilidad total de los gastos financieros a un porcentaje sobre el beneficio de explotación (generalmente al 30% del EBITDA³⁴⁶).

Uno de los últimos Estados en implementarlo ha sido España³⁴⁷, que a través del *Real Decreto-Ley 12/2012 de 30 de marzo, por el que se introducen*

³⁴⁴ Entre otros: Francia, Alemania, Países Bajos, Finlandia, Italia, España o Suecia. Para un análisis del régimen alemán, pionero en Europa, nos remitimos a: VAN SAPAROE, A., "Optimizing the interest Deduction Rules — A Never-Ending Story", *European Taxation*, Vol. 49, 2009, págs. 3-10. Un completo estudio incluyendo las reglas de subcapitalización de otros Estados como Canadá, Japón o Estados Unidos lo encontramos en: WEBBER, S., "Thin Capitalization and Interest Deduction Rules: A Worldwide Survey", *Tax Notes International*, Vol. 60, núm. 9, 2010, págs. 698.

³⁴⁵ Este sistema era fácil de eludir ampliando simplemente el capital de las sociedades financiadas en las mismas proporciones. Véase: VON BROCKE, K., y PÉREZ, E., "Group Financing: From Thin Capitalization to Interest Deduction Limitation Rules" *International Transfer Pricing Journal*, Vol. 16, 2009, pág. 29. En el mismo sentido: WEBBER, S., "Thin Capitalization and Interest Deduction Rules: A Worldwide Survey", *op. cit.*, págs. 692.

³⁴⁶ *Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation, and Amortization*. En castellano, beneficio antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones. El comúnmente denominado beneficio bruto de explotación.

³⁴⁷ En Italia una reforma también equivalente a la del Derecho alemán se introdujo por medio de la *Legge 24 dicembre 2007, n. 244*, (Finanziaria 2008), que eliminó el régimen de subcapitalización previo e introdujo el límite de deducibilidad de los intereses pasivos del 30%. Para una explicación a fondo del mismo véase: GAVELLI, G. y VERSARI, A., "UNICO 2012 SC: prospetto degli interessi passivi non deducibili", *Il Fisco*, núm. 30, 2012, págs. 4882 y ss. o SALVATORE, G., "La deducibilità degli interessi passivi", *Amministrazione e Finanza*, núm. 7, 2009, págs. 30 y ss.

diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público eliminó la regla de subcapitalización prevista en el artículo 20 del TRLIS, basada anteriormente en el sistema de proporciones capital propio-endeudamiento, y ha establecido un límite de deducibilidad de los gastos financieros del 30% del beneficio operativo del ejercicio. La orientación de esta norma contra las grandes operaciones se evidencia en dos extremos. En primer lugar, en que siempre se considerarán deducibles los gastos financieros por debajo de 1 millón de euros; en segundo, que se ha acompañado de la introducción en una nueva letra h) en el artículo 14.1 TRLIS³⁴⁸, vetando la deducibilidad de los intereses devengados en préstamos intragrupo que no respondan a motivos económicos válidos³⁴⁹.

Aunque la doctrina se ha ocupado en señalar tanto las ventajas como los inconvenientes de este tipo de cláusulas³⁵⁰, creemos que esta objetivación de la subcapitalización supone una simplificación acertada³⁵¹ que debe, no obstante, evolucionar de manera conjunta en los diferentes Estados miembros que han optado por su implementación. Por tanto, nos mantendremos atentos a

³⁴⁸ Artículo 14.1

“h) Los gastos financieros devengados en el período impositivo, derivados de deudas con entidades del grupo según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, destinadas a la adquisición, a otras entidades del grupo, de participaciones en el capital o fondos propios de cualquier tipo de entidades, o a la realización de aportaciones en el capital o fondos propios de otras entidades del grupo, salvo que el sujeto pasivo acredite que existen motivos económicos válidos para la realización de dichas operaciones.”

³⁴⁹ Para una crítica a las deficiencias de la normativa española: CENT MARTÍNEZ, L. S. y VIANA BARRAL, V., “La limitación de deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades: análisis normativo y comentario crítico”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 33, 2012, págs. 19-34; ROJÍ CHANDRO, L. A., y RODRÍGUEZ ONDARZA, J. A., “El IS y la limitación a la deducibilidad de gastos financieros del RDL 12/2012”, *Partida Doble*, núm. 243, 2012, págs. 13-21. Con anterioridad a la reforma SANZ GADEA ya se había pronunciado proponiendo modificaciones al hilo de la marcada tendencia comunitaria: SANZ GADEA, E., “La ubicación de la carga financiera en los grupos multinacionales”, *Crónica Tributaria*, núm. 136, 2010, págs. 169-182.

³⁵⁰ En ambos sentidos: WEBBER, S., “Thin Capitalization and Interest Deduction Rules: A Worldwide Survey”, *op. cit.*, pág. 704 o SANZ GADEA, E., “La ubicación de la carga financiera en los grupos multinacionales”, *op. cit.*, pág. 175. Especialmente crítico se muestra en cambio KNÖLLER, C. P., “The Efficacy of Thin Capitalization Rules and Their Barriers: An Analysis from the UK and German Perspective”, *Intertax*, Vol. 39, núm. 6-7, págs. 317-336.

³⁵¹ Antes de la reforma PALAO TABOADA ya se mostró partidario de emprender el camino que estaban adoptando otros Estados miembros, adoptando límites generales independientes a la posición del prestamista respecto a la sociedad. Véase: PALAO TABOADA, C., “La subcapitalización”, en AA.VV., *Fiscalidad Internacional*, director: Fernando Serrano Antón, CEF, Madrid, 2010, págs. 1035-1036.

la evolución de estas cláusulas que, a priori, parecen ofrecer una interesante herramienta para luchar contra el arbitraje fiscal practicado por los grandes grupos multinacionales³⁵².

6.4.3.2 Las normas en materia de CFCs³⁵³

Los Estados miembros gravan a sus residentes conforme al criterio de renta mundial, aplicando posteriormente un sistema de imputación o de exención para evitar la doble imposición. Para eludir la aplicación de esta regla, las sociedades y los particulares interponen sociedades controladas por ellos en jurisdicciones de baja tributación a las que transfieren las rentas más móviles (generalmente dividendos, intereses o cánones). De este modo, mientras que la sociedad no distribuya beneficios con destino al Estado de residencia, estas rentas son gravadas a un menor tipo efectivo en el Estado de la fuente y su tributación en el Estado de residencia se pospone hasta el efectivo reparto de dividendos³⁵⁴.

³⁵²El Inspector de Hacienda VÁZQUEZ DE LA TORRE DÍAZ se muestra especialmente optimista de los efectos de esta reforma, que a su parecer era necesaria y ha llegado incluso un poco tarde. De hecho, indica que la previsión recaudatoria de su implementación es de 1.050 millones de euros. Véase: VÁZQUEZ DE LA TORRE DÍAZ, F., “La limitación de la deducibilidad de los gastos financieros en el RDL 12/2012”, *Actum Fiscal*, núm. 63, 2012.

³⁵³ En sentido estricto una CFC o SEC (Sociedad Extranjera Controlada) es una sociedad no residente controlada directa o indirectamente por personas físicas o jurídicas residentes en otro Estado, con personalidad jurídica y sometida a un régimen tributario independiente. La aplicación de la normativa específica de cada Estado miembro suele exigir además que el nivel de tributación en el Estado de ubicación de la CFC sea inferior en una determinada proporción respecto a la tributación en el Estado de residencia de las personas que la controlan. Por ejemplo, en el Reino Unido y en España este umbral es del 75%. El requisito de control se suele cifrar en un 50% de los derechos de voto, aunque varios Estados miembros como Portugal, Dinamarca o Francia aplican porcentajes inferiores. Para un examen más detallado de los requisitos en otros Estados nos remitimos a: FALCÓN Y TELLA, R. y PULIDO GUERRA, E., *Derecho Fiscal Internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 245-246.

³⁵⁴ Este aplazamiento del impuesto se denomina en la práctica internacional *tax deferral* y produce una acumulación de los beneficios en jurisdicciones de menor tributación. Véase: LANG, M. y otros, *CFC legislation: Domestic Provisions, Tax Treaties and EC Law*, Kluwer Law International, Viena, 2004, pág. 16. Como indica la doctrina: “la finalità prevalente delle norme CFC è quella di eliminare, quindi, ogni possibile differimento di imposizione conseguente alla delocalizzazione dei redditi in Paesi che prevedono regimi fiscali particolarmente favorevoli (cosiddetti *anti-deferral rules*). In aggiunta a tale obiettivo principale, alcuni Paesi hanno utilizzato la normativa CFC per combattere altre forme di erosione di basi imponibili connesse alla localizzazione di attività e di redditi in Paesi stranieri”. Véase: DEZZANI, L. y GAZZO, M., “CFC Legislation: luci ed ombre della nuova proposta legislativa. Prime riflessioni”, *Il fisco*, núm. 38, 2000, págs. 11528 y ss.

Contra la proliferación de estas prácticas, multitud de Estados miembros tienen aprobadas normas en materia de CFC³⁵⁵ cuyo principal objetivo es imputar los beneficios no distribuidos de la sociedad no residente directamente a los socios en su Estado de residencia, como si estos se hubieran distribuido de manera efectiva³⁵⁶. En este punto, compartimos la opinión de RUST acerca de la necesidad de este tipo de normas para evitar una huida masiva de capitales hacia jurisdicciones de menor tributación³⁵⁷. La ausencia de armonización en el seno de la Unión provoca tales diferencias entre los Estados miembros que proscribir de base estas normas antiabuso supone una condena anticipada para las jurisdicciones que no emplean el impuesto de sociedades como instrumento competitivo³⁵⁸.

Aunque ya existían múltiples trabajos previos que abordaban la compatibilidad de estas normas con el Derecho comunitario³⁵⁹, el Tribunal no entró a valorar de lleno la cuestión hasta la celeberrima STJUE de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes*, asunto C-196/04. En este caso en

³⁵⁵ Fueron muchos los Estados miembros que adaptaron su normativa tras la Sentencia del asunto *Cadbury Schweppes*. Para un análisis de los últimos cambios legislativos en Italia a este respecto véase: SCARIONI, P. y MUNI, S., "The New Italian CFC Rules: EU Holding Companies Challenge the 'Artificial Arrangement' Assessment", *Intertax*, Vol. 38, núm. 10, 2010, págs. 527-531, en España, TORRES DIZ, C. J., "Comentarios en torno a la transparencia fiscal internacional", *Carta Tributaria. Monografías*, núm. 11-12, 2012, págs. 3-34.

³⁵⁶ Los mecanismos para evitar que exista una doble imposición cuando estos beneficios sean efectivamente distribuidos suelen ser deficientes. En principio, los Estados impiden que se grave el reparto de dividendos, al haber sido ya gravados en sede del socio en su Estado de residencia. Sin embargo, son pocos los Estados que evitan esta doble imposición en caso de transmisión de la participación, evitando que se deduzca de la ganancia la renta imputada por los beneficios no distribuidos. Véase: ARNOLD, B. J. y MCINTYRE, M. J., *International Tax Primer*, Segunda Edición, Kluwer international law, La Haya, 2002, págs. 98-99; FALCÓN Y TELLA, R. y PULIDO GUERRA, E., *Derecho Fiscal Internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 244.

³⁵⁷ RUST, A., "CFC Legislation and EC Law", *Intertax*, Vol. 36, núm. 11, 2008, pág. 493.

³⁵⁸ Como ya indicamos en el apartado 2.3.1 de este mismo capítulo, DI PIETRO identifica en esta categoría a la mayoría de los Estados de la UE-15 (excepción hecha evidentemente de Irlanda), mientras que los NEM, en cambio, sí adoptan una concepción competitiva del impuesto para compensar sus deficiencias estructurales. Véase: DI PIETRO, A., "La debolezza dell'armonizzazione e la forza della competizione nella tassazione delle società in Europa", *op. cit.*, pág. 273.

³⁵⁹ Entre otros trabajos: SANDLER, D., *Tax treaties and Controlled Foreign Company Legislation. Pushing the Boundaries*, Kluwer Law International, La Haya, 1998; ROTONDARO, C., "Note minime in tema di compatibilità dei regimi CFC con il diritto comunitario. Alcune riflessioni sul caso italiano", *Rivista di Diritto Tributario*, núm. 5, 2000, págs. 517 y ss.; THÖMMES, O., "CFC Legislation and EC Law", *Intertax*, Vol. 31, núm 5, 2003, págs. 188-189; RAINER, A. y THÖMMES, O., "EC Tax Scene: Are German CFC rules compatible with EU freedoms", *Intertax*, Vol. 33, núm. 11, 2005, págs. 554-555; HELMINEN, M., "Is There a Future for CFC-Regimes in the EU?", *Intertax*, Vol. 33, núm. 3, 2005, págs. 117-123.

concreto, el Tribunal enjuició la aplicación de la normativa británica en materia de CFC a filiales irlandesas sometidas a una menor tributación³⁶⁰, aplicación que provocaba la imputación de los resultados de estas a la matriz británica aunque los beneficios de la misma no se hubiesen distribuido.

Evidentemente, existe una clara discriminación entre las matrices con filiales no residentes, a las que se imputan sus beneficios no distribuidos, y las matrices con filiales residentes, a las que no³⁶¹. El principal argumento del Estado británico (y de los numerosos Estados que lo respaldaron en la causa) para justificar esta diferencia de trato volvió a ser la lucha contra la evasión fiscal, ya que esta normativa pretendía evitar una transferencia artificial de beneficios hacia jurisdicciones de menor tributación mediante la interposición de filiales con el único cometido de reducir la factura fiscal.

A este respecto, el Tribunal recuerda una línea jurisprudencial consolidada conforme a la cual la lucha contra la reducción de ingresos fiscales no constituye *per se* una razón imperiosa de interés general. Es decir, el Derecho comunitario no admite la creación de medidas para compensar la menor carga fiscal a que están sometidas las sociedades filiales en otros Estados miembros³⁶².

En línea con sus pronunciamientos anteriores, el Tribunal únicamente admite la operatividad de esta restricción cuando se oponga estrictamente a la creación de montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el único objetivo de eludir la tributación efectiva de beneficios generados en

³⁶⁰ Esta normativa recogía ya entonces un conjunto de excepciones (puertos seguros o *safe harbour*), el cumplimiento de cualquiera de estas condiciones excluía la aplicación del régimen de CFC:

- Que la CFC lleve a cabo una política de reparto aceptable de dividendos (entonces se exigía la distribución del 90% de los beneficios en un plazo de 18 meses);
- Que la CFC desarrolle actividades exentas;
- Que al menos el 35 % de los derechos de voto de la CFC se encuentren en manos del público, y que la filial cotice y sus títulos se negocien en una Bolsa reconocida;
- Que el beneficio imponible de la CFC no superase las 50.000 libras;
- Que la CFC pueda demostrar que la reducción en la tributación no era uno de los objetivos principales de su propia existencia.

³⁶¹ STJUE C-196/04, asunto *Cadbury Schweppes*, apartado 45.

³⁶² Aunque a continuación haremos referencia más detallada a esta línea jurisprudencial en el ámbito de la libre prestación de servicios, dejamos aquí apuntados los principales pronunciamientos sobre que se sostiene esta premisa: SSTJUE de 28 de enero de 1986, *Voir Fiscal*, asunto 270/83, apartado 21; de 26 de octubre de 1999, *Eurowings*, asunto C-294/97, apartado 44 y de 26 de junio de 2003, *Skandia y Ramstedt*, asunto C-422/01, apartado 52.

un Estado de mayor tributación. La existencia de realidad económica, que excluiría la aplicación de la normativa de CFCs, está basada en elementos objetivos (locales, personal, equipos, etc.); por tanto, mientras que exista un funcionamiento regular de la filial (con trabajadores, oficina, línea telefónica, etc.), la deslocalización de las actividades más móviles a Estados de menor tributación está legitimada aunque la actividad de dicha filial sea únicamente la gestión de estas rentas³⁶³.

Aunque el Tribunal dejó en manos del juez nacional británico la evaluación de la concurrencia de estos elementos objetivos, parece claro que una mínima planificación fiscal, habitual en los grupos multinacionales, podrá permitir que se cumplan los mínimos requisitos exigidos a la filial no residente para eludir la aplicación de casi cualquier normativa de CFCs entre Estados comunitarios³⁶⁴.

Por suerte el Tribunal nunca deja de sorprendernos. Así lo hizo en la posterior STJUE de 6 de diciembre de 2007, *Columbus Container Services*, asunto C-298/05, en que analizó la cláusula de *switch-over* presente en el ordenamiento alemán que permitía, cuando se obtenían determinadas rentas en Estados de menor tributación, excluir el método de exención presente en un CDI y aplicar el método de imputación, neutralizando así las diferencias impositivas y reduciendo los incentivos al arbitraje fiscal.

En el caso concreto, un grupo de personas alemanas crearon una sociedad en Bélgica para gestionar inversiones, Columbus, beneficiándose del régimen fiscal de los centros de coordinación y de la exención, conforme al CDI entre ambos países, de las rentas generadas en Bélgica. No obstante, la normativa alemana consideraba que la sociedad Columbus entraba dentro de

³⁶³ En palabras del Tribunal, que denomina SEC en su versión castellana a las CFCs: “la aplicación de esa medida tributaria debe descartarse cuando resulte, en función de elementos objetivos y verificables por terceros, que, a pesar de que existan motivos de índole fiscal, la citada SEC está implantada realmente en el Estado miembro de acogida y ejerce en él actividades económicas efectivas” (apartado 75).

³⁶⁴ TERRA, B. y WATTEL, P., “*European Tax Law*”, *op. cit.*, pág. 415; WHITEHEAD, S., “Practical implications arising from the European Court’s recent decisions concerning CFC legislation and dividend taxation”, *EC Tax Review*, Vol. 4, 2007, pág. 181; RUST, A., “CFC Legislation and EC Law”, *op. cit.*, pág. 497; CALDERÓN CARRERO, J. M., “La jurisprudencia del TJUE: los efectos del principio de no discriminación y las libertades básicas comunitarias sobre la legislación nacional en materia de imposición directa”, *op. cit.*, pág. 979.

la categoría de sociedades personales y, dado que la tributación efectiva en Bélgica fue inferior al umbral del 30%, aplicó la cláusula de *switch-over* y sustituyó el método de exención previsto en el CDI por el de imputación, aumentando la factura tributaria de los socios en un 53%. Lejos de lo que pueda parecer, como ha señalado el Tribunal, este incremento de gravamen producido por la aplicación de diferentes métodos para evitar la doble imposición no implica necesariamente que exista una restricción a la libertad de establecimiento.

De hecho, el Tribunal confirma que en este supuesto en concreto el cambio del criterio de exención por el de imputación no supone una restricción, pues la normativa alemana únicamente persigue aplicar el mismo tipo impositivo a los beneficios procedentes de sociedades personales establecidas en Alemania y a los provenientes de sociedades personales establecidas en otros Estados miembros³⁶⁵.

Incluso, hecho que resulta más importante, la sentencia reconoce que en el Estado actual de armonización del Derecho Comunitario, en el que no se prescriben criterios generales para eliminar la doble imposición³⁶⁶, los Estados miembros gozan de tal autonomía que no están obligados a “adaptar su propio régimen tributario a los diferentes regímenes tributarios de los demás Estados miembros para garantizar que una sociedad que haya elegido establecerse en un determinado Estado miembro tribute, a nivel nacional, del mismo modo que una sociedad que haya optado por establecerse en otro Estado miembro”³⁶⁷. Un argumento similar al expuesto en el asunto *Gilly*, analizado anteriormente³⁶⁸.

Aunque parezca una bombona de oxígeno para la pervivencia y articulación de regímenes que permitan controlar el empleo abusivo de CFC

³⁶⁵ STJUE C-298/05, asunto *Columbus Container*, apartados 39-40.

³⁶⁶ STJUE C-298/05, asunto *Columbus Container*, apartado 45.

³⁶⁷ STJUE C-298/05, asunto *Columbus Container*, apartado 51.

³⁶⁸ Véase *supra*: apartado 5.3.3.1 de este mismo capítulo

entre los propios Estados miembros, la relevancia de este pronunciamiento en el seno de la jurisprudencia en materia de abuso debe relativizarse³⁶⁹.

De hecho, es la intervención del CDI en este supuesto la que provoca que el Tribunal dé en cierta medida un paso atrás a la hora de conceder protección comunitaria contra la aplicación de la cláusula *switch-over*. No obstante, sí que resulta interesante destacar el apoyo implícito que supone este pronunciamiento a la aplicación del método de imputación, el mejor sistema para limitar las posibilidades de arbitraje fiscal tal y como indicamos en apartados anteriores. Del mismo modo, el Tribunal también respalda la implementación de normas sobre calificación de sociedades extranjeras que pueden coadyuvar en la práctica a que los Estados miembros neutralicen los cantos de sirena de jurisdicciones de menor tributación. Por tanto, aunque no sean los métodos más comunes para luchar contra la competencia fiscal, el Tribunal abre la baraja de posibilidades para que los Estados miembros, en el ejercicio de su autonomía, implementen medidas no discriminatorias que puedan proteger sus intereses recaudatorios.

6.5 Libre prestación de servicios³⁷⁰

La libre prestación de servicios tiene también una doble vertiente, la del cliente y la del prestador del servicio. El Tribunal extiende la protección sobre ambas facetas de forma simétrica en los diversos asuntos en que ha resuelto, la mayoría de los cuales han versado sobre el tratamiento fiscal discriminatorio de las pólizas e intereses de aquellos asegurados que habían

³⁶⁹ Compartimos en este sentido las conclusiones al análisis del caso expuestas en: CALDERÓN CARRERO, J. M., “La Autonomía de los Estados para luchar contra la Competencia Fiscal a través de los métodos para eliminar la doble imposición internacional y las reglas de Calificación de Entidades Extranjeras: la STJCE en el caso *Columbus container Services*”, *Quincena fiscal*, núm. 18, 2008, págs. 41-66.

³⁷⁰ Artículo 56 TFUE

En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación.

El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán extender el beneficio de las disposiciones del presente capítulo a los prestadores de servicios que sean nacionales de un tercer Estado y se hallen establecidos dentro de la Unión.

suscrito pólizas de seguro o préstamo con compañías no residentes³⁷¹. La posición del Tribunal en relación a estos casos quedó fijada por primera vez en la Sentencia de 28 de enero de 1992, *Bachmann*, asunto C-204/90 y ha sido reiterada posteriormente en múltiples asuntos³⁷².

Aparte de estos supuestos, la aplicación de la libre prestación de servicios ha llevado al Tribunal, entre otras cuestiones, a prohibir un impuesto municipal sobre las antenas parabólicas³⁷³, a extender la exención de los premios de loterías organizadas por determinados organismos a todos los sorteos comunitarios equivalentes³⁷⁴ o a obligar a equiparar, a efectos de gozar de una deducción, las actividades de investigación realizadas en otros Estados miembros³⁷⁵. Más recientemente, en tres sentencias diferentes, ha establecido con rotundidad la prohibición de denegar beneficios fiscales a la inversión por el simple hecho de que el bien se use en otro Estado miembro³⁷⁶.

En principio, estos pronunciamientos tienen una importancia relativa en el ámbito de la competencia fiscal entre los Estados miembros, e incluso podemos decir que pueden fomentarla, al garantizar a aquellas empresas que quieren desarrollar actividades en otro Estado miembro un trato fiscal no discriminatorio y garantizarles, por tanto, la libertad de elegir el ordenamiento

³⁷¹ Así lo hizo en las SSTJUE de 14 de noviembre de 1995, *Svensson-Gustavsson*, C-484/93, apartado 12; de 28 de abril de 1998, *Safir*, asunto C-118/96, apartado 30 y de 3 de octubre de 2002, *Danner*, asunto C-136/00, apartado 31.

³⁷² “(las) disposiciones que requieren que el asegurador esté establecido en un Estado miembro para que los asegurados puedan beneficiarse en él de determinadas deducciones fiscales disuaden a los asegurados de dirigirse a los aseguradores establecidos en otro Estado miembro y, por consiguiente, constituyen para éstos un obstáculo a la libre prestación de servicios” (apartado 31).

³⁷³ STJUE de 29 de noviembre de 2001, *De Coster*, asunto C-17/00. El impuesto establecido por un municipio belga, creaba una distorsión a la libre prestación de servicios porque, a juicio del Tribunal “*puede perjudicar aún más las actividades de los operadores que desempeñan su actividad en el ámbito de la radiodifusión o de la transmisión televisada establecidos en Estados miembros distintos del Reino de Bélgica, mientras que garantiza una ventaja particular al mercado interno belga y a las actividades de radiodifusión y de teledistribución internas de este último Estado miembro (apartado 35)*”.

³⁷⁴ STJUE de 6 de octubre de 2009, *Comisión/España*, asunto C-153/08. En concreto, esta sentencia obligó a modificar la exención prevista en el artículo 7, letra ñ), de la Ley del Impuesto sobre la Renta, para incluir los premios repartidos por organismos públicos y entidades que ejerzan actividades de carácter social o asistencial sin ánimo de lucro establecidos en otros Estados miembros.

³⁷⁵ STJUE de 10 de marzo de 2005, *Fournier*, asunto C-39/04.

³⁷⁶ SSTJUE de 4 de diciembre de 2008, *Jobra*, asunto C-330/07; de 22 de diciembre de 2010, *Tankreederei*, asunto C-287/10 y de 13 de octubre de 2011, *Waypoint Aviation*, asunto C-9/11.

en que desean operar. No obstante, el pleno ejercicio de las libertades comunitarias, lejos de montajes artificiosos (sí, somos más estrictos al excluir voluntariamente el término *puramente*), y el arbitraje fiscal que puede realizarse en su seno, jamás debe ser perseguido como una expresión perjudicial de competencia fiscal entre los Estados miembros.

Esta posición que defendemos está en consonancia con uno de los pronunciamientos más importantes en materia de competencia fiscal que, paradójicamente, tuvo como trasfondo el ejercicio de la libre prestación de servicios, en concreto la STJUE de 26 de octubre de 1999, *Eurowings*, C-294/97³⁷⁷. En este asunto, el Tribunal reafirmó su postura contraria a cualquier forma de discriminación que tuviera por objetivo compensar las ventajas fiscales concedidas por otro Estado miembro³⁷⁸.

“Una eventual ventaja fiscal que se derive, para los prestadores de servicios, de una carga fiscal menor a la que estén sometidos en el Estado miembro en el que se hallan establecidos no puede permitir que otro Estado miembro justifique un trato fiscal menos favorable de los destinatarios de los servicios establecidos en este último Estado”.

Es verdad que este mensaje, tal cual, supone un espaldarazo al desarrollo de dinámicas de competencia fiscal en Europa, dado que impide, en línea de principio, que los Estados miembros puedan compensar mediante medidas discriminatorias cualquier régimen foráneo que amenace su sistema. Sin embargo, evidentemente, este pronunciamiento debemos ponerlo en conexión con la jurisprudencia en materia de medidas antiabuso, especialmente con la vertida en el asunto *Cadbury Schweppes*. Es decir, si existe un montaje puramente artificial sí pueden articularse medidas para

³⁷⁷ El trasfondo del caso era el régimen alemán del Impuesto sobre Actividades Económicas que establecía una serie de reglas de integración de la base imponible que eran aplicables casi en exclusividad a las empresas alemanas que alquilaban bienes de arrendadores establecidos en otro Estado miembro, imponiéndoles un gravamen a que no estaban sometidos las empresas alemanas que alquilaban bienes a arrendadores establecidos en Alemania (puesto que se consideraba que ya se imponía el gravamen en sede del arrendador).

³⁷⁸ Esta posición ya había sido expuesta en la STJUE de 28 de enero de 1986, *Avoir Fiscal*, 270/83, apartado 21 y en la STJUE de 27 de junio de 1996, *Aascher*, C-107/94, apartado 53.

combatir este abuso. En cambio, cualquier medida no discriminatoria ni abusiva (todos pensamos instintivamente ya en el tipo del 12,5% en el impuesto sobre sociedades de Irlanda) no podrá ser compensada por otro Estado miembro sin infringir, a priori, las libertades comunitarias. No obstante, recordamos aquí la posición del TJUE en el asunto *Columbus Container*...siempre nos quedará el CDI.

6.6 Libre circulación de capitales

Como ya indicamos en el apartado 6.4.1 de este mismo capítulo, relativo la toma de control de una sociedad es la línea de separación entre la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento. En este apartado, dado que ya abordamos la otra libertad, únicamente haremos una breve mención a algunos pronunciamientos con autonomía propia en el campo de la libre circulación de capitales.

Después de un comienzo titubeante, la jurisprudencia en el campo de la libre circulación de capitales fue poco a poco adquiriendo importancia³⁷⁹. Como primer gran pronunciamiento en este campo destacamos la STJUE de 6 de junio de 2000, *Verkooijen*, C-35/98, en que el Tribunal de Luxemburgo declaró que resultaba incompatible con el Derecho comunitario la exención parcial de los dividendos prevista en el impuesto sobre la renta holandés ya que condicionaba su aplicación a que dichos dividendos provinieran de sociedades domiciliadas en los Países Bajos. El efecto restrictivo de esta medida es claro: dado que sus dividendos reciben un trato fiscal menos favorable, las sociedades foráneas tendrán mayores dificultades para la obtención de capitales en los Países Bajos³⁸⁰. Ni la promoción de la economía, ni la

³⁷⁹ Como afirma ROSSI-MACCANICO: "Inizialmente la CGE era concentrata sulle sole libertà comunitarie fondamentali interne ed in particolare sulla libertà di stabilimento, la libera circolazione dei lavoratori e la libera prestazione di servizi. In un secondo tempo, invece, la libera circolazione dei capitali, non solo tra paesi membri, ma anche tra paesi membri e paesi terzi, ha assunto un ruolo determinante". Véase: ROSSI-MACCANICO, P. "Principi comunitari di fiscalità diretta delle imprese. Il principio di non discriminazione", *op. cit.*

³⁸⁰ STJUE C-35/98, asunto *Verkooijen*, apartado 35.

coherencia del sistema fiscal, ni el riesgo de pérdida de ingresos fiscales se consideraron razones suficientes para poder justificar esta restricción³⁸¹.

No cabe duda que el aspecto que ha centrado más la atención del Tribunal hasta ahora en relación a la libre circulación de capitales ha sido este tratamiento de los dividendos transfronterizos³⁸². Un importante hito en este sentido lo constituye el procedimiento de infracción iniciado por la Comisión en el año 2005 contra varios Estados miembros que mantenían en su normativa un trato fiscal discriminatorio a los dividendos satisfechos a sociedades no residentes. Los pronunciamientos derivados de esta denuncia, todos ellos condenatorios, obligaron a España³⁸³, Países Bajos³⁸⁴ e Italia³⁸⁵ a modificar su

³⁸¹ STJUE C-35/98, asunto *Verkooijen*, apartados 48, 58 y 59, respectivamente.

³⁸² De hecho la jurisprudencia sentada en el asunto *Verkooijen* fue reproducida en las SSTJUE de 15 de julio de 2004, *Lenz*, asunto C-315/02 y de 7 de septiembre de 2004, *Manninen*, asunto C-319/02.

³⁸³ STJUE de 3 de junio de 2010, *Comisión/España*, asunto C-487/08. En el caso de España existía una diferencia de trato en el acceso a la exención de los dividendos en función de si la sociedad que los percibía era residente o no residente. Por un lado, conforme al artículo 30.2 del texto refundido de la *Ley del Impuesto sobre Sociedades*, *Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo*, las sociedades residentes podían acceder a esta exención a condición de que la participación en la sociedad que distribuía beneficios alcanzara el 5%. Por el contrario, en el caso de que la sociedad beneficiaria fuese no residente, el artículo 14.1 del texto refundido de la *Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes*, *Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo*, exigía un porcentaje del 20% para acceder a la exención (este se reduciría al 15% a partir del 1 de enero de 2007 y al 10% a partir del 1 de enero de 2009). Tras el previsible varapalo, advertido de forma masiva por la doctrina, España adaptó el artículo 14 de la *Ley del Impuesto sobre la Renta de los no residentes* al Derecho Comunitario equiparando estos porcentajes a través de la *Ley 2/2010, de 1 de marzo, por la que se trasponen determinadas Directivas en el ámbito de la imposición indirecta y se modifica la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes para adaptarla a la normativa comunitaria*.

³⁸⁴ STJUE de 11 de junio de 2009, *Comisión/Países Bajos*, asunto C-521/07. En un primer momento la normativa holandesa limitaba el ámbito de la posible exención de los dividendos (cuando existiera un 5% de participación) a las sociedades residentes en los Países Bajos. Tras el requerimiento de la Comisión adaptaron su legislación para extender dicho régimen a las sociedades de otros Estados miembros, pero mantenían fuera del mismo a los Estados del EEE, Noruega e Islandia. Finalmente, el recurso por incumplimiento y la condena contra Holanda tuvo por objeto el artículo 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

³⁸⁵ STJUE de 19 de noviembre de 2009, *Comisión/Italia*, asunto C-540/07. La normativa italiana exime de gravamen, hasta el límite del 95%, los dividendos distribuidos a sociedades residentes y grava el 5% restante con el tipo general del impuesto sobre sociedades, que es del 33%. En cambio, los dividendos distribuidos a sociedades domiciliadas en otros Estados miembros estaban sujetos a una retención en origen a un tipo de 27% (aunque a instancia del interesado se podía obtener una devolución de hasta, 4/9, equivalente al 12%). Las diferencias entre los tipos eran tan claras que el Tribunal tumbó todos los intentos de Italia por justificar esta medida en relación a los Estados miembros. Sin embargo, el Tribunal aceptó, al contrario que en el caso holandés, la aplicación de este régimen diferenciado a los Estados del EEE. En concreto, el Tribunal reconoció que el marco de cooperación entre las autoridades competentes de los Estados miembros establecido por la entonces vigente Directiva 77/799/CEE no existe, en principio, entre éstas y las autoridades de un país tercero, por lo que la lucha contra el

normativa y adaptarla a los parámetros del Derecho comunitario. Eliminando la discriminación en el tratamiento fiscal de los dividendos, la UE garantiza un escenario equilibrado para la circulación de PI (inversiones en cartera) entre los Estados miembros, mejorando así el dinamismo de los mercados de capitales.

Otro aspecto que ha sido objeto de varios pronunciamientos ha sido la relación entre la libre circulación de capitales y los CDI. En este sentido, la STJUE de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in Class*, asunto C-374/04³⁸⁶, supuso un importante giro en la jurisprudencia del Tribunal al considerar, por primera vez, que los efectos de una discriminación en el Estado de la fuente, en el supuesto de que ambos Estados compartieran el ejercicio de la potestad tributaria, podían neutralizarse en función del trato fiscal en el Estado de residencia³⁸⁷.

De este modo, desde el momento en que un Estado decide sujeta a tributación a los accionistas no residentes por los dividendos percibidos desde sociedades residentes, los sitúa en una situación próxima a los residentes y, por tanto, para que la potencial doble imposición no constituya una restricción prohibida contra las sociedades no residentes, “debe velar por que, en relación con el mecanismo previsto en su Derecho nacional para evitar o atenuar la doble imposición en cadena, las sociedades accionistas no residentes estén

fraude podría ser una razón imperiosa de interés general que justificara esta restricción. Esta posición fue definida en el asunto *Skatteverket*, apartados 60-62. Como señala acertadamente BARCIELA PÉREZ, la principal conclusión que podemos extraer de esta jurisprudencia es una restricción de los movimientos de capitales, con destino a terceros países o procedentes de ellos, puede ser admisible en circunstancias en la que no lo sería una medida equivalente entre Estados miembros. Por ejemplo, porque no exista ningún mecanismo de intercambio de información. Véase: BARCIELA LÓPEZ, J. A., “La fiscalidad de los dividendos transfronterizos y la libre circulación de capitales”, *Quincena Fiscal*, núm. 20, 2011. Recurso on line Westlaw: BIB 2011\1679.

³⁸⁶ Como indica la propia sentencia, esta jurisprudencia es aplicable tanto a la libertad de establecimiento como a la libertad de circulación de capitales, en función si la participación confiere o no una influencia real en las decisiones de la sociedad residente que distribuye beneficios. STJUE C-374/04, asunto *Test Claimants in Class*, apartado 73.

³⁸⁷ ALMUDI CID, J. M., “La relevancia de los convenios de doble imposición internacional para determinar el incumplimiento de las libertades comunitarias en el estado de la fuente”, *Quincena Fiscal*, núm. 9, 2008. Recurso online Westlaw: BIB 2008/603. Pocas semanas antes, el Tribunal ya había establecido en la STJUE de 14 de noviembre de 2006, *Kerckhaert y Morres*, asunto C-513/04, que si no existía ninguna distinción en el trato fiscal entre los dividendos de sociedades establecidas en el propio Estado miembro frente a las establecidas en otro, no cabía invocar la doble imposición como un obstáculo o restricción a la libertad de circulación. Al no existir en el marco del Derecho comunitario ninguna norma de unificación o armonización tendente a eliminar una posible doble imposición corresponde a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para evitar dichas situaciones a través de los correspondientes convenios (apartados 22 y 23).

sujetas a un trato equivalente al que disfrutaban las sociedades accionistas residentes” (apartado 70). Una cuestión que corresponde dilucidar al juez nacional a la luz del convenio vigente con el Estado miembro de residencia del accionista.

Este mismo planteamiento fue trasladado posteriormente a nuevos asuntos³⁸⁸, en los que principalmente se dirimía si era contrario al Derecho de la Unión sujetar a una retención en origen a los dividendos transferidos a otros Estados miembros a la par que se eximían de tributación los dividendos a nacionales. La respuesta del Tribunal, en línea con lo expuesto en el asunto *Test Claimants in Class*, fue que esta diferencia de trato solo podía admitirse si la combinación normativa entre ambos Estados permitía que el impuesto retenido en origen, en aplicación de la normativa nacional, pudiese deducirse del impuesto debido en el otro Estado miembro hasta el límite de la diferencia de trato a que daba lugar la normativa nacional³⁸⁹.

La principal conclusión que podemos extraer de estos pronunciamientos es el nuevo papel protagonista que se ha concedido a los CDI como instrumentos que pueden eliminar una potencial discriminación de trato en relación a las libertades comunitarias. ¿Pueden asumir también un papel protagonista en la lucha contra la competencia fiscal perjudicial? En la pionera obra colectiva publicada en el año 2003, *Tax Competition in Europe*, dirigida por el Prof. Wolfgang Schön, ya se señalaba específicamente este instrumento entre las medidas defensivas para combatir este fenómeno³⁹⁰. Debemos

³⁸⁸ SSTJUE de 14 de diciembre de 2006, *Denavit France*, asunto C-170/05; de 8 de noviembre de 2007, *Amurta*, asunto C-379/05 y de 19 de noviembre de 2009, *Comisión/Italia*, asunto C-540/07.

³⁸⁹ STJUE C-540/07, asunto *Comisión/Italia*, apartado 37.

³⁹⁰ En concreto, se incluían cuatro tipos de medidas (al margen de la estrategia obvia de no concluir CDI con determinados países, técnica denominada “abstinence approach”):

- *Exclusion clauses*: que excluyen a contribuyentes específicos de los beneficios del CDI. El caso más habitual son las Holding luxemburguesas 1929.
- *Limitation-on-benefits clauses*: restringen el acceso a los beneficios del CDI si no existen vínculos reales con los Estados firmantes (tratando de evitar el *treaty shopping*).
- *Switch-over clauses*: que sustituyen la aplicación del método de exención por el de imputación respecto a los ingresos pasivos bajo determinadas condiciones.
- *Subject-to-tax clauses*: que exigen una tributación efectiva en el Estado de la fuente para poder acceder a la exención en el Estado de residencia.

La riqueza de este trabajo reside en la contribución de diferentes expertos nacionales que aportaron ejemplos de estas cláusulas en sus respectivos ordenamientos nacionales. Véase: SCHÖN, W., “Tax Competition in Europe – General Report”, *op. cit.*, págs. 36-38 y los diferentes

reconocer que es un asunto pendiente de nuestra investigación. Principalmente, por la libertad de acción que concede el TJUE en este campo (recordemos el asunto *Columbus Container*). Por tanto, la reflexión que hacemos al respecto es que este es uno de los pocos espacios de soberanía que mantienen los Estados miembros, ¿no sería entonces un motivo de peso para oponerse a un CDI europeo que no incluyera estas medidas? Incluso, ¿no sería conveniente la revisión de los propios CDI para incluirlas? Como hemos indicado, dejamos pendiente esta materia para futuros trabajos³⁹¹.

7. CONCLUSIONES

1. El marco jurídico de la UE ofrece las condiciones necesarias para una gran movilidad de los operadores y factores económicos. Sin embargo, la persistencia de algunos obstáculos económicos y sociales impide una plena realización del mercado interno.

Las sacrosantas libertades fundamentales constituyen la mejor base para una plena movilidad de los operadores y los factores económicos. Sin embargo, la complejidad inherente a la multiplicidad de ordenamientos y tradiciones jurídicas, los costes de traslado, el idioma, etc., son elementos que siempre separarán a la Unión Europea de los Estados federales con los que a veces se pretende comparar, principalmente Estados Unidos. De hecho, una verdadera equiparación podría poner en peligro la estructura del sector público europeo, pues se podrían iniciar dinámicas de competencia fiscal sobre factores como el trabajo que hasta ahora, en pago por su escasa movilidad, están sirviendo para sustentar las balanzas fiscales de los Estados miembros.

informes nacionales, particularmente: SACCHETO, C., “National Report Italy”, págs. 307-311 y STEICHEN, A., “National Report Luxembourg”, págs. 333-336.

³⁹¹ La conexión entre ambas materias es también resaltada por VEGA BORREGO, cuando indica que “no hay que desdeñar las medidas impulsadas desde la OCDE y la Unión Europea en materia de competencia fiscal dañina, porque con respecto a las estructuras de *treaty shopping* pueden eliminar uno de los elementos que las permiten”. Véase: VEGA BORREGO, F. A., *Las medidas contra el treaty shopping. Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003, pág. 96.

La falta de armonización en la fiscalidad directa trae su causa de las dificultades para superar la exigencia de unanimidad en un Consejo en el que cada Estado *barre para casa*. La única solución hasta ahora para desbloquear este inmovilismo ha sido la estrategia de coordinación promovida desde la Comisión. Esta estrategia de coordinación, personificada en el denominado Paquete Monti, ha permitido aprobar dos Directivas y el importantísimo Código de Conducta, cuya evolución analizaremos en el capítulo quinto. En la práctica, la falta de armonización se traduce en una gran disparidad de tipos y una complejidad normativa que no contribuye a la integración de las economías europeas. La intervención del TJUE en este aspecto se ha centrado principalmente en impedir un tratamiento más gravoso a las operaciones con factores transnacionales y a eliminar otros obstáculos que las dificultaban. Es decir, ante la inexistencia de normas armonizadoras no cuestiona la autonomía de los Estados para configurar sus regímenes fiscales, sino el modo en que se aplican a los operadores de los demás Estados miembros.

2. No obstante, la Unión Europea *tiene todas las papeletas* para convertirse en un paraíso para la práctica de arbitraje fiscal por particulares y empresas. Su materialización, sin embargo, lejos de ser un éxito delata el fracaso en la construcción de un mercado único sin distorsiones fiscales.

Como no paramos de insistir, el marco jurídico de la UE está específicamente orientado a garantizar la plena movilidad de todos los operadores y factores económicos. Las libertades comunitarias y el principio de no discriminación son su principal exponente. Sin embargo, se observa paralelamente una alarmante falta de armonización en sectores especialmente sensibles al arbitraje fiscal, especialmente en el ámbito de la tributación sobre sociedades.

La falta de armonización en esta materia trae su causa de las dificultades para superar la exigencia de unanimidad en un Consejo en el que cada Estado *barre para casa*. La única solución hasta ahora para desbloquear este inmovilismo ha sido la estrategia de coordinación promovida desde la Comisión. Esta estrategia de coordinación, personificada en el denominado

Paquete Monti, ha permitido aprobar dos Directivas y el importantísimo Código de Conducta, cuya evolución analizaremos en el capítulo quinto. En la práctica, la falta de armonización se traduce en una gran disparidad de tipos y una complejidad normativa que, además de fomentar el arbitraje fiscal, no contribuye a la integración de las economías europeas. La intervención del TJUE en este aspecto se ha centrado principalmente en impedir un tratamiento más gravoso a las operaciones con factores transnacionales y a eliminar otros obstáculos que las dificultaban. Es decir, ante la inexistencia de normas armonizadoras no cuestiona la autonomía de los Estados para configurar sus regímenes fiscales, sino el modo en que se aplican a los operadores de los demás Estados miembros.

En el fondo, ni los Estados miembros ni el TJUE han actuado consecuentemente para alcanzar una neutralidad en la exportación de capitales efectiva que pudiera desincentivar la práctica del arbitraje fiscal.

3. Por suerte, en el paraíso del arbitraje fiscal se han desarrollado iniciativas que poco a poco han reducido el espacio para la competencia fiscal, reduciéndola casi únicamente a una competencia entre sistemas más transparente.

En principio, la gran diferencia de tamaño entre los Estados miembros y el diferente punto de partida histórico, estructural y económico de los NEM (que entre otros elementos no tienen un Estado del bienestar tan desarrollado) contribuyen a que algunas jurisdicciones adopten estrategias fiscales más agresivas. Sin embargo, la entrada en acción del Código de Conducta y la aplicación del control sobre ayudas de Estado incompatibles al ámbito fiscal han limitado enormemente el espacio para la competencia entre regímenes y, de este modo, las posibilidades de adoptar estrategias especialmente orientadas al no residente y con efecto de *ring-fencing*. Del mismo modo, los avances en materia de asistencia mutua e intercambio de información dificultan una competencia entre sistemas basada en la opacidad de los ordenamientos. Por tanto, la manifestación más común será la competencia entre sistemas basada en la reducción de los tipos estatutarios y en un clima general de tributación sobre el capital más benevolente. Aún así...

4. Una vez erradicada la competencia entre regímenes las principales críticas han pasado a centrarse en la competencia entre sistemas realizada por medio de los tipos estatutarios del impuesto sobre sociedades. Sin embargo, estas *diferencias no son el enemigo*. Sí lo son, en cambio, los instrumentos empleados para explotarlas de forma abusiva en la UE, es decir, “inmoral aunque legalmente”³⁹².

Ahora que hemos controlado la competencia entre regímenes los focos se han situado en gran parte sobre las diferencias entre los tipos estatutarios del impuesto sobre sociedades. Sin embargo, estas diferencias no supondrían un mayor problema (un simple ejercicio de soberanía, como la fijación de *flat tax* en la imposición sobre la renta personal) si los impuestos se acabaran pagando allí dónde se produce la actividad económica real. El problema, en cambio, es que los instrumentos para evitar este trasvase de beneficios entre jurisdicciones son un fracaso, mejor dicho, un FRACASO.

Hemos comprobado, por ejemplo, como la interpretación expansiva de las libertades fundamentales por el TJUE limita la aplicación de medidas antiabuso entre Estados miembros contra las CFC y contra las técnicas de subcapitalización a los supuestos de “montajes puramente artificiales”. Un requisito tan fácil de esquivar como de escribir. Una inteligente medida que hace traslucir un rayo de esperanza son las nuevas técnicas para combatir la subcapitalización mediante cláusulas no discriminatorias de limitación de la deducibilidad de los intereses o *earnings stripping rules*.

Por otra parte, los precios de transferencia, a pesar de los avances producidos en los últimos años, aún permiten un fácil trasvase de beneficios hacia otras jurisdicciones. Sirva de ejemplo que la filial de Google en España factura a Google Irlanda en concepto de “servicios” un montante casi equivalente a sus ingresos. Resultado: igual a cero.

³⁹² “We're not accusing you of being illegal, we are accusing you of being immoral”. Frase pronunciada por la presidenta del Public Accounts Committee del Parlamento Británico Margaret Hodge dirigiéndose a Matt Brittin, director de operaciones de Google en el Norte de Europa durante la comparecencia en que este defendía la legalidad de las operaciones realizadas para minimizar la tributación: “Like any company you play by the rules [and] manage costs efficiently to offer fair value to shareholders”. Véase: “Amazon, Google and Starbucks accused of diverting UK profits”, *The Guardian*, 12 de noviembre 2012.

Finalmente, la UE tampoco tiene instrumentos comunes para controlar las relaciones de los Estados miembros con Estados terceros, por ejemplo, con paraísos fiscales. De este modo, la laxitud en la aplicación de normas antiabuso de un Estado miembro reduce el nivel de protección global de toda la UE. Es decir, el nivel de protección de los Estados se iguala por abajo. En el caso indicado, si Irlanda posteriormente consiente el trasvase de estos beneficios a terceras jurisdicciones, toda la UE está en riesgo de que sus bases imponibles, previo paso franco por Irlanda valiéndose de las libertades comunitarias, acaben en paraísos fiscales en el sentido amplio del término.

No podemos dejar de señalar el paralelismo que apreciamos entre esta situación y el primer capítulo de la obra Gomorra (Roberto Saviano), en el que se describe el funcionamiento del puerto de Nápoles, controlado por la mafia y especialmente “laxo” en el cumplimiento de la normativa de la unión aduanera. ¿Cuál piensan que era la puerta de entrada preferida de la mercancía extracomunitaria? *Eccolo*.

5. En principio, la intervención del TJUE, lejos de proteger a los Estados miembros, debilita su posición en la lucha contra los riesgos y efectos de la competencia fiscal. Sin embargo, el *laissez-faire* en materia de CDI legitima el uso de un conjunto de contramedidas con gran potencial.

Por un lado, en materia de impuestos de salida el TJUE impide el gravamen inmediato de las plusvalías latentes sobre activos con ocasión de un cambio de residencia, tanto de personas físicas como jurídicas. Solo en el supuesto de personas jurídicas (por la complejidad del seguimiento posterior de los activos y el riesgo de pérdida de control), los Estados podrán exigir para conceder el aplazamiento la constitución de una garantía suficiente. En relación con las normas antiabuso (CFCs y subcapitalización) ya hemos indicado que los Estados ven limitado su campo de aplicación en el seno de la UE a los “montajes puramente artificiales”.

En principio, esta posición del Tribunal está en consonancia con la construcción europea, al tratar de fomentar el desarrollo de un *level playing*

field comunitario, es decir, una competencia fiscal intracomunitaria sana, en detrimento de otras jurisdicciones terceras respecto a las cuales los Estados sí podrán aplicar más estrictamente su normativa antiabuso. Sin embargo, la falta de una actitud común frente a Estados terceros mina el éxito de este objetivo como ya hemos visto. No podemos dejar atrás la sensación de que las libertades comunitarias, personificadas en la expresión “puramente artificiales”, son un traje demasiado grande para unos sistemas tributarios tan poco armonizados.

En este escenario, sin embargo, el TJUE no ha puesto obstáculos al empleo autónomo de medidas contenidas en los CDI como medio para combatir la competencia fiscal. De este modo, contradiciendo la jurisprudencia que se oponía a la compensación ante regímenes de menor tributación sentada en el asunto *Eurowings*, el Tribunal legitima la inclusión en los CDI con otros Estados miembros de cláusulas llamadas a limitar el acceso a sus beneficios (por ejemplo, al método de exención) ante una tributación efectiva baja o nula en el otro Estado firmante. La puerta está abierta, el problema evidente es poder renegociar los CDI ya firmados que no incluyen estas medidas.

Sin embargo, al hilo del sempiterno proyecto de un Modelo de CDI comunitario sí nos asaltan algunas cuestiones: ¿y si incluye en su versión final estás cláusulas?, ¿y si no? Incluso, en sentido inverso, ¿se opondrán los Estados a su creación para que no se incluyan?, ¿se opondrán aquellos que ya las tienen para mantenerlas? Como ya hemos indicado en otros puntos de este trabajo, anotamos esta materia entre las cuestiones pendientes.

6. Ante la gravedad de este escenario, la pervivencia de situaciones de doble imposición es *peccata minuta*.

La aplicación generalizada por los Estados miembros del criterio de renta mundial sobre sus residentes provoca múltiples situaciones de doble imposición. Sin embargo, la UE carece de instrumentos para siquiera coordinar su eliminación, hecho que fomenta la práctica de arbitraje fiscal. Alcanzar la plena neutralidad fiscal con la aplicación estricta de este criterio resulta muy difícil, principalmente porque los ingresos pasivos (dividendos, intereses, cánones, arrendamientos, etc.) suelen soportar una retención en la fuente que

no se corrige correctamente y que provoca doble imposición. La dificultad para alcanzar la neutralidad en la exportación de capitales fomenta paralelamente, eso sí, la adopción de decisiones por criterios fiscales. Del mismo modo, la disparidad y complejidad de la extensa red de CDI de los Estados miembros constituyen el mejor aliado para los agentes que practican arbitraje fiscal. De hecho, el TJUE ha admitido que la aplicación de los criterios para eliminar la doble imposición puede crear diferencias de trato que no entran dentro del campo de protección del Derecho comunitario, argumento en línea con la eliminación de cualquier referencia en el TFUE a los CDI.

Como hemos visto el Tribunal ha respaldado la aplicación de diferentes criterios de corrección de la doble imposición para entidades residentes (exención) o no residentes (imputación). Es verdad que en el seno de un verdadero mercado interno, sin las grandes diferencias tributarias vigentes, el método ideal sería el de exención. Sin embargo, en ausencia de acuerdos concretos para coordinar las distorsiones creadas por la aplicación de los CDI, reconocemos que la UE requiere de soluciones intermedias. En último término, consideramos poco valiente la actitud del TJUE para luchar contra las distorsiones creadas por la colisión del Derecho comunitario y los CDI, especialmente cuando pueden tener efectos equivalentes a medidas vetadas por su propia jurisprudencia.

7. Problemas, problemas, problemas... ¿No hay culpables? Sí, 27.

Unos más que otros, pero 27 culpables: los Estados miembros son los principales responsables de las lagunas, defectos e ineficiencias del funcionamiento de la Unión. Culpables desde el momento en que minusvaloraron la necesaria contraparte fiscal de un mercado sin barreras: una fiscalidad sin barreras; culpables desde el momento en que aceptaron unas reglas de juego basadas en el derecho de veto. En definitiva, culpables desde el momento en que han construido y perpetuado una UE parcial, lenta, asimétrica e indefensa. En los siguientes capítulos, siguiendo la estela marcada en este, identificaremos algunos de los problemas que provoca la interacción entre los múltiples sistemas fiscales que conviven en la UE. Situaremos a Estados y agentes en el punto de mira y examinaremos su comportamiento.

En el caso de las personas y las empresas este comportamiento es eminentemente racional: evalúan sus posibilidades de actuación y adoptan aquella decisión que más les conviene (*homo economicus*). Si los Estados miembros no se ponen de acuerdo para eliminar las posibilidades de arbitraje fiscal, por ejemplo, no podemos criminalizar apriorísticamente a los agentes que las aprovechan (excluyendo, recordamos actitudes de evasión). Si existen, es porque los (con uno es suficiente) Estados se benefician de su existencia. El resultado: cualquier Estado puede perpetuar un error, hacer eterna una ineficiencia del mercado. Aunque la UE no la construyeron todos sí que todos valoran positivamente su derecho de veto para avanzar en asuntos como la fiscalidad. Todos, en el fondo, son culpables. Los 27... y el que venga.

8. La última y primera conclusión de este capítulo, dado que comenzamos realmente a escribirla en su primera página, no es otra que su propia estructura. Nuestro principal objetivo era diseñar un modelo sistemático para evaluar las condiciones de desarrollo de todo proceso de competencia fiscal, independientemente del campo de la fiscalidad que analicemos y que pueda extenderse a otros niveles de jurisdicción.

En este capítulo hemos defendido la idea de que el arbitraje fiscal, aunque pueda promoverse por los propios Estados miembros, es un estado en cierto sentido previo a la competencia fiscal entre jurisdicciones. La presencia de este arbitraje fiscal está condicionada por la concurrencia de los tres factores analizados: movilidad de los factores, sistema de tributación de las rentas transfronterizas y diferencias de tributación (falta de armonización). Posteriormente, hemos identificado algunas de las situaciones que pueden promover que algunos Estados traten de sacar partido de este arbitraje fiscal, haciendo más atractivas sus jurisdicciones y obligando a los demás Estados a adoptar posiciones activas/pasivas/defensivas en este juego, ya de competencia fiscal.

Nuestra apuesta se hace especialmente patente en el próximo capítulo, en que planteamos un análisis sistemático de la competencia fiscal en el ámbito de la fiscalidad indirecta comunitaria, una materia que hasta ahora no había sido objeto de este tratamiento. Con el mismo esquema, abordaremos en

el capítulo cuarto la fiscalidad de los individuos. En cambio, al abordar la fiscalidad empresarial en el capítulo quinto simplemente nos centraremos en los avances y límites de los dos instrumentos cuyo estudio aglutina la incidencia de la competencia fiscal perjudicial en este campo: el Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas y el régimen de ayudas de Estado.

Por tanto, las conclusiones de este capítulo comenzaron realmente en su primera página y llegan hasta esta última (les invitamos de nuevo a repasar su estructura). Esperamos haber ofrecido un discurso continuo que proponemos finalizar como empezó, con las dos palabras que dieron inicio (y ahora final) al “capítulo segundo”.

Capítulo tercero

Los nichos de competencia fiscal en la fiscalidad del consumo

“I don’t drink or smoke and I’m one hundred percent fit”

General Montgomery

“Well, I smoke and drink and I’m two hundred percent fit”

Winston Churchill

Extracto de conversación. Citada por: STEWART, V., *Three Against One. Churchill, Roosevelt, Stalin vs Adolph Hitler*, Sunstone Press, Santa Fe, 2002, pág. 141.

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- 2. LA FISCALIDAD DEL CONSUMO: EL IVA.- 2.1.El esquema de tributación en el IVA. Un régimen transitorio definitivo.- 2.2 Las diferencias de tipos en el IVA. Los tipos reducidos.- 2.3. La movilidad de las transacciones.- 2.4. La competencia y el arbitraje fiscal en el IVA.- 2.5. Conclusiones.- 3. LA FISCALIDAD DEL CONSUMO: LOS IMPUESTOS ESPECIALES. SU ESQUEMA DE TRIBUTACIÓN.- 3.1. Delimitación del estudio e ideas básicas sobre la tributación de los impuestos especiales.- 3.2. El régimen general del devengo: tributación en destino.- 3.2.1.La circulación intracomunitaria en régimen suspensivo. El devengo con el despacho a consumo.- 3.2.2. El sistema de envíos garantizados.- 3.2.3. Las ventas a distancia.- 3.2.4. La tenencia en otro Estado miembro.- 3.3. Las compras realizadas por particulares: tributación en origen.- 3.3.1.- El artículo 32.1 de la Directiva horizontal, a primera vista.- 3.3.2. Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 1998, *EMU Tabac*, asunto C-296/95.- 3.3.3. Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 2006, *Joustra*, asunto C-5/05.- 3.3.4. La importancia de los pronunciamientos del TJUE.- 3.4. La adquisición por

particulares. Especial mención al contenido e interpretación de la expresión “para uso propio”.-

3.4.1. La naturaleza de la expresión “para uso propio”.- 3.4.2. Los criterios para determinar el “uso propio”.- 3.4.3. Los efectos de considerar que una adquisición se ha realizado con fines comerciales.- 3.4.4. Las franquicias aduaneras aplicables a los viajeros.- 3.4.5. El régimen de las tiendas libres de impuestos o *duty-free*.- 3.5. Características especiales de los productos sujetos a impuestos especiales para ser objeto de *cross-border shopping*.- 3.6. Conclusiones.

4. LA IMPORTANCIA DE LA ELECCIÓN DE LA BASE IMPONIBLE Y DEL TIPO DE GRAVAMEN.- 4.1. Los productores.- 4.2. Consumidores.- 4.3. Estado.- 5. LA TRIBUTACIÓN DE LAS LABORES DEL TABACO.- 5.1. Las primeras Directivas: 72/464/CEE y 77/805/CEE.- 5.2. La llegada del mercado único, un paso adelante en la armonización.- 5.3. La Directiva 2002/10/CE y la posición del Comité Económico y Social Europeo.- 5.4. El régimen vigente.- 5.4.1. Los objetivos de la reforma.- 5.4.2. La tributación de los cigarrillos.- 5.4.3. La tributación de la picadura fina de tabaco destinada a liar cigarrillos.- 5.4.4. Las diferencias de tipos y precio entre los Estados miembros.- 5.5. Conclusiones.- 6. LA TRIBUTACIÓN DEL ALCOHOL Y LAS BEBIDAS ALCOHÓLICAS.- 6.1. Un esquema sin cambios desde 1992, a pesar de todo.- 6.2. El comportamiento del mercado de las bebidas alcohólicas: la elasticidad de la demanda.- 6.3. La cerveza.- 6.4. El vino.- 6.5. El alcohol etílico.- 6.6. Un ejemplo de compras transfronterizas de bebidas alcohólicas.- 6.7. Conclusiones.- 7. DIFERENCIAS EN LA TRIBUTACIÓN DE LOS HIDROCARBUROS.- 7.1. La Directiva 2003/96/CE: sin cambios a la vista.- 7.2. *Fuel tourism*, el *cross-border shopping* del combustible.- 7.3. Las diferencias de tipos en el impuesto especial sobre hidrocarburos.- 7.4. Las disparidades en el precio final de los carburantes.- 7.5. Conclusiones.- 8. LAS COMPRAS TRANSFRONTERIZAS EN LA UNIÓN EUROPEA. ESTUDIOS EMPÍRICOS Y ESTIMACIONES.- 8.1. Recapitulación.- 8.2. Consideraciones comunes a los principales estudios.- 8.3. Principales estudios empíricos y estimaciones de la incidencia del *cross-border shopping*.- 8.3.1. Estudios sobre el alcohol.- 8.3.2. Estudios sobre las labores del tabaco.- 8.3.3. Estudios sobre los hidrocarburos.- 8.4. Conclusiones.- 9. MEDIDAS ADOPTADAS PARA REDUCIR LOS EFECTOS DEL *CROSS-BORDER SHOPPING*.- 9.1. Los límites comunitarios ante las prórrogas a la adaptación.- 9.2. Medidas unilaterales de los Estados.- 9.2.1. El Reino Unido: estrictos controles en frontera.- 9.2.2. Francia: límites a la circulación de tabaco por debajo de los niveles indicativos.- 9.2.3. Italia: descuentos en carburantes para reducir el *fuel tourism* de los particulares.- 9.2.4. Austria y Finlandia: obligaciones en relación al etiquetado del tabaco.- 9.2.5.- Evaluación de las medidas estatales.- 9.3. Otras propuestas.- 9.3.1. El modelo de la IFTA entre EEUU y Canadá: distribución territorial de los impuestos especiales sobre los hidrocarburos.- 9.3.2. El control de la venta de tabaco y alcohol mediante documentos comunes.- 10. CONCLUSIONES.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En este capítulo tercero trataremos de ofrecer una visión de la competencia fiscal más amplia, atendiendo a las características especiales de la fiscalidad del consumo. Hasta ahora, el debate en torno a la competencia fiscal se ha abordado casi únicamente desde el punto de vista de la fiscalidad directa. Un campo en el que las jurisdicciones, como agentes fundamentales del proceso, compiten por atraer y retener recursos mediante regímenes atractivos, a la vez que crean instrumentos antielusión y antievasión para protegerse frente a las medidas de los demás Estados. Esta realidad, que constataremos fácilmente en los capítulos siguientes, se centra fundamentalmente en las grandes empresas, las grandes inversiones, las grandes bolsas de ahorro, los grandes patrimonios, etc.; en definitiva, en decisiones alejadas de la realidad cotidiana de la mayoría de los ciudadanos.

En la fiscalidad de consumo, en cambio, el foco se sitúa sobre el ciudadano de a pie. Al igual que las empresas, las personas también pueden adoptar un conjunto de decisiones influenciadas por el factor fiscal. Sin embargo, la relevancia y los costes asociados a un cambio de residencia o el escaso volumen de inversiones, suelen excluir al ciudadano medio de los circuitos de la competencia fiscal.

Por el contrario, el ciudadano medio sí adopta un conjunto de microdecisiones de compra atomizadas, de menor trascendencia, mucho más flexibles y móviles; *ergo* más influenciables por el factor fiscal. Siempre que estas decisiones de compra se adopten dentro del marco legal vigente los ciudadanos estarán ejercitando la denominada *economía de opción*, perfectamente legítima. Con este punto de partida, por tanto, excluimos del objeto de este estudio la posible compra de productos de contrabando o ilegales, elementos que evidentemente también influyen en las pautas de consumo y en las medidas fiscales de los Estados miembros, pero que ya han recibido atención en otros trabajos. No obstante, no eludiremos realizar las

menciones necesarias a este fenómeno para matizar algunas de las afirmaciones que realizaremos a lo largo de este capítulo¹.

En el fondo, los Estados de la UE raramente adoptan su política de fiscalidad indirecta condicionados por la competencia fiscal de otras jurisdicciones². Este hecho provoca que sean los ciudadanos, agentes fundamentales de este tipo de competencia, los que adapten su comportamiento a un esquema de tributación predefinido. Eso sí, a través de sus decisiones de compra transmitirán información de las posibilidades de arbitraje fiscal que ofrece el sistema de fiscalidad indirecta. El fenómeno conocido como *cross-border shopping*³, respaldado por el ejercicio de las libertades comunitarias, es la mayor expresión de este arbitraje fiscal.

¹ En materia de contrabando el producto estrella es el tabaco por factores como la elevada presión fiscal que soporta, su fácil transporte y el carácter adictivo de su consumo. A salvo de las menciones concretas que podremos realizar en algunos puntos de este capítulo, remitimos al lector a algunos trabajos que han tratado la cuestión del contrabando tanto desde el plano económico como jurídico: JOOSENS, L. y RAW, M., "Smuggling and cross border shopping of tobacco in Europe", *British Medical Journal*, Vol. 310, 1995, págs. 1393-1397; AA.VV., *Tobacco Control in Developing Countries*, directores: Prabhat Jha y Frank Chaloupkaeds, Oxford University Press, 2000; Senato della Repubblica, *Relazione sul fenomeno criminale del contrabando di tabacchi lavorati esteri in Italia e in Europa*, 2001; Philip Morris International, *Confronting cigarette contraband*, 2003; VILLAR GUZMÁN, M. D., GILBERT CERVERA, M. A. y DOMÍNGUEZ LUIS, C., "El delito de contrabando", en AA.VV., *Manual de delitos contra la hacienda pública*, coordinadores: Joaquín de Fuentes Bardají, Edmundo Bal Francés y Juan José Zabala Guadalupe, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, págs. 837-880; HM Revenue & Customs, *Tackling Tobacco Smuggling—building on our success. A renewed strategy for HM Revenue & Customs and the UK Border Agency*, Abril 2011; VON LAMPE, K., "The illegal cigarette trade", en AA.VV., *International Crime and Justice*, director: Mangai Natarajan, Cambridge University Press, Nueva York, 2011, págs. 148-157; GIL SORIANO, A., "¿Despenalización del contrabando de tabaco?", *Tribunal Fiscal*, núm. 252, 2011, págs. 32-35; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., "La nueva regulación de los delitos de contrabando: régimen jurídico tras la reforma de la LO 6/2011, de 30 de junio", *Diario La Ley*, núm. 7790, 2012 y particularmente, el premiado trabajo: GIL SORIANO, A., "Fiscalidad del tabaco y contrabando", *Revista Técnica Tributaria*, núm. 96, 2012, págs. 29-105.

² Estos impuestos se fijan por un efecto imitación de estructuras impositivas globales y, sobre todo, condicionados por los límites de la armonización.

³ Como indicamos en el primer capítulo, el *cross-border shopping* da nombre al fenómeno de las compras transfronterizas o mercado de frontera. En el ámbito de la UE esta práctica involucra a ciudadanos que se trasladan de forma temporal a otro Estado miembro en el ejercicio de su libertad de circulación y adquieren productos con un menor precio final para entrar con ellos de vuelta en su jurisdicción de residencia. Este precio final, en ausencia de aduanas interiores y con un esquema de tributación en origen para las compras por particulares, está especialmente influenciado por la fiscalidad indirecta, es decir, por el IVA y aún en mayor medida por los eventuales impuestos especiales. GIL SORIANO incluye dentro de la que denomina *elusión legal*: las compras transfronterizas, las compras turísticas y las ventas legales en tiendas *duty-free*. Véase: GIL SORIANO, A., "Fiscalidad de tabaco y contrabando", *op. cit.*, págs. 58-59.

En último término, los Estados solo reaccionan cuando advierten que las posibilidades de arbitraje fiscal de los ciudadanos minan su recaudación. Sin embargo, la avanzada armonización de la imposición indirecta impide crear regímenes preferentes o barreras adicionales al comercio. La dificultad de aislar las medidas contra el arbitraje fiscal y el miedo a perder mayores cotas de recaudación si existe una dinámica de competencia fiscal entre los Estados, acaba provocando una cierta condescendencia con problemas que, al circunscribirse en ocasiones a las regiones fronterizas, no suelen representar grandes cifras dentro de los números de la economía nacional. En todo caso, las medidas adoptadas serán observadas con lupa por las instituciones comunitarias, recelosas de obstáculos que pongan en cuestión los avances en la creación del mercado interior y el ejercicio de las libertades comunitarias.

No nos olvidamos de las empresas. Sin embargo, como comprobaremos en las siguientes páginas, el esquema de tributación previsto en la fiscalidad indirecta restringe enormemente sus posibilidades de arbitraje fiscal.

La competencia fiscal en el ámbito de los impuestos indirectos tiene un espacio ciertamente limitado por el intenso proceso de armonización a que se ha visto sometido este campo de la fiscalidad⁴. Hemos observado que apenas existen trabajos que hayan dedicado una mínima extensión a tratar esta vertiente de la competencia fiscal. Por ello, consideramos necesario sistematizar este tipo de competencia para conocer su verdadero campo de actuación, su intensidad y sus efectos sobre el mercado interno.

Un elemento que constataremos en relación a la fiscalidad del consumo es que el avance del proceso de armonización impide que se desarrollen regímenes derogatorios orientados exclusivamente a la atracción de consumo desde otros Estados miembros. Este hecho provoca que la competencia fiscal entre los Estados esté basada en una lógica de sistema,

⁴ Nos remitimos en este punto al apartado correspondiente del Capítulo 2 relativo a la armonización de la imposición indirecta.

pues únicamente se podrá competir a través de los diferentes tipos, que afectarán de igual modo a los consumidores internos que a los foráneos.

Además, la escasa movilidad del consumo en zonas no fronterizas determina que los Estados no inicien dinámicas de competencia fiscal para atraer consumidores de otras jurisdicciones salvo cuando, por su reducido tamaño, pueden beneficiarse de la mayor movilidad del consumidor transfronterizo. La Unión Europea es, por tanto, un escenario en el que existe poca competencia fiscal a nivel de impuestos de indirectos entre los Estados, dado que sus decisiones no están muy influenciadas por las medidas adoptadas por los demás. Sí apreciamos, en cambio, un intenso arbitraje fiscal de los ciudadanos, respaldado por el ejercicio de la libre circulación de bienes y personas y por las diferencias de tributación entre los Estados propiciadas por algunas deficiencias del proceso de armonización.

En el próximo apartado 2 de este capítulo analizaremos el escaso margen que existe para el arbitraje y la competencia fiscal en materia de IVA. Posteriormente, en los apartados 3 a 9 desarrollaremos un estudio más detallado de los productos sujetos a impuestos especiales, particularmente el tabaco, las bebidas alcohólicas y los hidrocarburos. Tras examinar la intensidad y consecuencias de las compras transfronterizas en relación a estos bienes, analizaremos con detalle las medidas adoptadas tanto por la Unión Europea como por los Estados miembros y realizaremos nuestras propias propuestas. Por último, en el apartado 10, ofreceremos las principales conclusiones a que nos ha llevado el estudio de esta vertiente del fenómeno de la competencia poco atendida por la doctrina comunitaria..

2. LA FISCALIDAD DEL CONSUMO: EL IVA

2.1. El esquema de tributación en el IVA. Un régimen transitorio *definitivo*

Tal y como especificamos en el capítulo anterior, las únicas posibilidades de riesgo de competencia fiscal en el ámbito de la fiscalidad indirecta las encontraremos en aquellas operaciones transfronterizas que tributan en el Estado de origen⁵. Solo de este modo las diferencias de tributación entre los Estados miembros se incorporan a los diversos bienes y servicios y pueden incentivar la deslocalización de compras hacia las regiones con menores impuestos indirectos.

Paradójicamente, esta tributación en origen constituía uno de los objetivos fundamentales del esquema del IVA desde el mismo momento de su construcción. Sin embargo, las propias diferencias de tipos impositivos entre los Estados miembros y los problemas estructurales de su implantación⁶, han perpetuado un régimen transitorio en el que se ha generalizado la tributación en destino de las entregas de bienes mediante la creación del esquema de las adquisiciones intracomunitarias⁷.

⁵ Véase: Capítulo 2, apartado 1.3.

⁶ Apuntan a estas causas, entre otros: RUBIO GUERRERO, J. J., "Presentación", en AA.VV., *Las operaciones intracomunitarias en el impuesto sobre el valor añadido y en los impuestos especiales*, coordinador: Javier Lasarte Álvarez, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales-Ministerio de Economía y Hacienda, 2004, págs. 15-16; ARRIBAS LEÓN, M. y HERMOSÍN ÁLVAREZ, M., *Tributación de las adquisiciones intracomunitarias de bienes en el Impuesto sobre el Valor Añadido*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 15; LASARTE ÁLVAREZ, J. y ADAME MARTÍNEZ, F., "El Impuesto sobre el Valor Añadido en el periodo transitorio. Operaciones Intracomunitarias y Fraude. Otras cuestiones", en AA.VV. *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, Relator General: Adriano Di Pietro, CEF, Madrid, 2010, págs. 176 y 194.

⁷ El régimen transitorio de las adquisiciones intracomunitarias previsto por primera vez en el art. 1 de la *Directiva 91/680/CEE del Consejo, de 16 de diciembre de 1991, que completa el sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido y que modifica, con vistas a la abolición de las fronteras la Directiva 77/388/CEE*, vino a sustituir al esquema de las importaciones previsto anteriormente e instauró un sistema de tributación en destino declarando exentas las entregas intracomunitarias y gravando las adquisiciones mediante el mecanismo de la inversión del sujeto pasivo.

Como ya apuntaron ARRIBAS LEÓN y HERMOSÍN ÁLVAREZ, parecía que el régimen transitorio se mantendría en el corto plazo⁸, tal y como preveía la Directiva 2006/112/CE, por lo que el campo de acción para la competencia fiscal en el ámbito del IVA sería limitado. No obstante, los sucesos en los últimos años se han acelerado y la Comisión, a la vista de los resultados de la consulta pública abierta en torno al *Libro Verde sobre el futuro del IVA* a lo largo de 2011⁹, ha reconocido en relación a la tributación en origen que: “no subsisten ya razones válidas para mantener este objetivo”, motivo por el que “propondrá la renuncia al mismo”¹⁰. En adelante, asegura la institución, dedicará sus esfuerzos a diseñar un sistema de IVA basado en el Estado miembro de destino que pueda funcionar correctamente¹¹.

⁸ Como hacen ver las autoras, no solo algunos sectores de la doctrina o algunos Estados se muestran reacios a la instauración del régimen definitivo; la propia Comisión en varias ocasiones, entre ellas la *Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo, de 7 de junio de 2000, sobre Estrategia para mejorar el funcionamiento del régimen del IVA en el marco del mercado interior*, COM (2000) 348 final o la Exposición de Motivos de la *Propuesta de Directiva del Consejo relativa al sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido*, COM (2004) 246 final, ha expresado que el paso al régimen definitivo constituye un “objetivo comunitario a largo plazo”. A su vez, la Directiva 2006/112/CE sigue reconociendo en su articulado el carácter transitorio del régimen de las adquisiciones intracomunitarias y propone a la Comisión la presentación de un informe cuatrienal para su evaluación (artículos 402 y 404). Véase, para un estudio detallado de este escenario, el completísimo trabajo: ARRIBAS LEÓN, M. y HERMOSÍN ÁLVAREZ, M., *Tributación de las adquisiciones intracomunitarias de bienes en el Impuesto sobre el Valor Añadido*, op. cit., págs. 17-18.

⁹ COM (2010) 695 final, *Libro Verde sobre el futuro del IVA. Hacia un sistema de IVA más simple, más robusto y eficaz*, SEC (2010) 1455, 1 de diciembre de 2010. En este documento (pág. 8) la Comisión enumera tres razones en las cuales basa el fracaso de la tributación en origen: 1) La necesidad de una gran armonización de los tipos de IVA para evitar que las diferencias de tipos influyan en las decisiones relativas a dónde comprar; 2) la necesidad de un sistema de compensación para garantizar la percepción de los ingresos en concepto de IVA por el Estado miembro en el que tiene lugar el consumo; 3) la interdependencia entre los Estados miembros para la recaudación de una gran parte de los ingresos por IVA.

¹⁰ *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre el futuro del IVA. Hacia un sistema de IVA más simple, robusto, eficaz y adaptado al mercado único*, COM (2011) 851 final, 6 de diciembre de 2011, pág. 5.

¹¹ Para un repaso de los problemas planteados por el régimen transitorio nos remitimos a: ADAME MARTÍNEZ, F., “El régimen transitorio de las operaciones intracomunitarias en el IVA: análisis de los problemas generados por su funcionamiento y consideraciones sobre la necesidad de sustituirlo por el régimen definitivo”, en AA.VV., *Las operaciones intracomunitarias en el impuesto sobre el valor añadido y en los impuestos especiales armonizados*, director: Javier Lasarte, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2004, págs. 66-70. Estos problemas, principalmente de fraude, se soportan ante la imposibilidad de superar el mayor obstáculo de un sistema de tributación en origen: “concebir y lograr la aplicación práctica de un sistema de compensación interestatal de las recaudaciones que garantice que cada Estado miembro recibirá el IVA correspondiente a los consumos que se realizan en su territorio conforme a los tipos de gravamen aplicados en el mismo”. Son palabras tomadas de: LASARTE ÁLVAREZ, J., “Propuestas de modificación del régimen de las operaciones intracomunitarias”, en AA.VV., *Observaciones al Libro Verde de la Comisión Europea y*

Como reconoce la propia Comisión, este régimen cada vez menos transitorio tiene en sí mismo una naturaleza *híbrida*, ya que sigue manteniendo paralelamente la aplicación del principio de tributación en origen para algunas operaciones, entre ellas las transacciones realizadas con destino a consumidores finales¹².

En lo que a nuestro trabajo afecta, todas las operaciones en que exista tributación en origen serán, potencialmente, nichos de competencia fiscal entre las jurisdicciones. Como indicamos en el capítulo 2, las posibilidades de arbitraje fiscal son *conditio sine qua non* para la existencia de estos nichos. Éste es el caso, ya que por el esquema de tributación en origen previsto para los particulares estos individuos podrán, bajo determinadas condiciones, beneficiarse de su libertad de elección (y de circulación) y realizar sus operaciones en el Estado que tenga un tipo de IVA más bajo¹³.

Dadas estas características, existen cuatro focos principales de riesgo para el funcionamiento del mercado interno desde el punto de vista de la competencia fiscal en el IVA¹⁴:

propuestas sobre el futuro del IVA, directores: Adriano di Pietro y Javier Lasarte Álvarez, Escuela Europea de Altos Estudios Tributarios – Universidad Pablo de Olavide, 2012, pág. 187.

¹² La propia Comisión reconoce en el Libro Verde del IVA, COM (2010) 695 final (pág. 9), que el empleo de la tributación en origen se limita por los riesgos de distorsión de la competencia. Por ello, este campo, único en que las empresas podrían beneficiarse de las disparidades en los tipos de IVA atrayendo ciudadanos particulares para que realizaran sus operaciones en Estados con menores tipos, es objeto de medidas que pretenden limitar su influencia en el mercado. En palabras de la Comisión: “Las entregas de bienes o las prestaciones de servicios de empresas a consumidores se gravan normalmente en el Estado miembro donde se realiza la venta de los bienes o donde está establecido el proveedor. Sin embargo, debido al riesgo de distorsión de la competencia, se aplican disposiciones especiales a la imposición de las entregas de bienes y las prestaciones de servicios en destino, imponiendo pesadas obligaciones a los proveedores (ventas a distancia de bienes o ciertos servicios) o a los compradores (por ejemplo, compras realizadas por sujetos pasivos exentos)”.

¹³ La eliminación de las fronteras fiscales desde el 1 de enero de 1993 obviamente alentaría las compras transfronterizas por particulares (que tributarían en el Estado de origen). Sin embargo, se podía considerar un mal menor respecto al efecto psicológico de unas fronteras comunitarias libres. En un primer momento (dado que no se podía ser consciente del problema de los servicios prestados por vía electrónica), apenas se establecieron como excepción la tributación en destino de grandes compras (medios de transporte) y las compras a distancia realizadas a grandes operadores. Véase: CNOSSEN, S., *Three VAT Studies*, CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis, La Haya, 2010, pág. 49.

¹⁴ Conforme al esquema previsto en el informe encargado por la Comisión “*Study on reduced VAT applied to goods and services in the Member States of the European Union*”, los dos primeros supuestos constituirían una misma realidad (el sujeto que se desplaza a otro Estado miembro). Nosotros los diferenciaremos porque en el primer caso (prestación de servicios) el consumo se produce instantáneamente; en cambio, en el segundo caso (adquisición de

a) Servicios que deben ser disfrutados en el territorio donde se reciben. En la práctica, puede fomentar el traslado de ciudadanos comunitarios hacia donde los tipos sean inferiores. Es el caso de los servicios turísticos o de restauración, tratamientos médicos no exentos, etc.¹⁵

b) Compras transfronterizas en regiones limítrofes (*cross-border shopping*), en las que el sujeto cruza físicamente la frontera para adquirir productos sujetos a un menor tipo impositivo (con la excepción de grandes bienes de capital como vehículos, barcos o aeronaves, que tributan en el Estado de destino).

c) Compras a distancia realizadas por particulares o entidades no sujetas a vendedores de pequeño tamaño que opten por el régimen de ventas a distancia. Este régimen les permite aplicar el IVA del Estado de origen si el volumen de ventas anual con destino a un Estado miembro no excede ciertos límites (que varía en cada Estado)¹⁶.

d) Prestaciones de servicios por vía electrónica realizadas por empresarios o profesionales, situados dentro de la UE, que tienen

bienes), el consumo se realizará en otro Estado, lo que puede permitir al Estado de destino imponer límites en algunas situaciones. Véase: *Study on reduced VAT applied to goods and services in the Member States of the European Union*, Final Report, 21 de junio de 2007, 6503 DG TAXUD, Copenhagen Economics, pág. 16.

¹⁵ Tengamos presente que la permisividad con la pluralidad de tipos reducidos existente en la UE provoca que los tipos de las pernoctaciones hoteleras o de los servicios de restauración oscilen entre el 25% de Dinamarca y el 3% de Luxemburgo. En concreto, nada menos que 23 Estados miembros aplican tipos reducidos a las pernoctaciones (todos salvo la propia Dinamarca, Lituania, Eslovaquia y Reino Unido) y casi la mitad (13, entre ellos los tres estados más turísticos: Francia, España e Italia) aplican tipos reducidos sobre los servicios de restauración. Véase: Comisión Europea, *VAT Rates Applied in the Member States of the European Union*, 1 de julio de 2012, TAXUD.C.1(2012)910012, pág. 5.

¹⁶ Este régimen, previsto en el artículo 34 de la Directiva 2006/112/CE, prevé la opción por la tributación en origen (lo que evita que el empresario vendedor tenga que repercutir el IVA del Estado del comprador y, por tanto, registrarse y realizar declaraciones en dicho Estado) cuando el importe global (excluido el IVA) de las entregas efectuadas en un Estado miembro a personas o entidades que no son sujetos pasivos del IVA, no sobrepase la cantidad establecida por cada Estado miembro en el transcurso de un año civil (entre 35.000 y 100.000 euros). Quedan excluidos de este régimen los productos sujetos a impuestos especiales o los medios de transporte nuevos. Para una explicación más detallada de este régimen, con especial referencia a su regulación en España nos remitimos a: ABELLA POBLET, E., *Manual del IVA*, 3ª Edición, La Ley, Madrid, 2006, págs. 734 y ss.

por destinatario a consumidores finales, en las que se aplica el tipo de IVA determinado en el Estado de origen del prestatario¹⁷.

Este último punto d) había sido una de las principales preocupaciones de los Estados miembros en los últimos años. Por suerte, dentro de la adopción del conocido como “Paquete IVA”¹⁸ se previó la eliminación del sistema de tributación en origen de los servicios prestados por vía electrónica (y de los servicios de telecomunicaciones, radiodifusión y televisión) cuando fueran

¹⁷ El rápido avance de las comunicaciones obligó a la UE a dar respuesta dentro del marco del IVA a la problemática asociada a los servicios prestados por vía electrónica, principalmente porque con el régimen común los servicios prestados desde países terceros, al no quedar sujetos a IVA, suponían una competencia desleal contra los suministrados desde Estados miembros. Véase: RAMOS PRIETO, J., “El comercio electrónico y el IVA: problemas del régimen de las operaciones realizadas por vía electrónica”, en AA.VV., *Observaciones al Libro Verde de la Comisión Europea y propuestas sobre el futuro del IVA*, directores: Adriano di Pietro y Javier Lasarte Álvarez, Escuela Europea de Altos Estudios Tributarios – Universidad Pablo de Olavide, 2012, pág. 239. Un nuevo régimen se instauró a través de la *Directiva 2002/38/CE del Consejo, de 7 de mayo de 2002, por la que se modifica y se modifica temporalmente la Directiva 77/388/CEE respecto del régimen del impuesto sobre el valor añadido aplicable a los servicios de radiodifusión y de televisión y a algunos servicios prestados por vía electrónica*. Conforme al mismo, si el sujeto que presta el servicio es un empresario ubicado en un país tercero y el destinatario es un consumidor final la operación se considerará sujeta a IVA en el Estado de destino. Un detallado examen de las características de este régimen simplificado para las empresas de terceros países lo encontramos en: RAMOS PRIETO, J. y ARRIBAS LEÓN, M., “El Impuesto sobre el Valor Añadido y el Comercio Electrónico. El régimen especial aplicable a los servicios prestados por vía electrónica”, *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 15, 2006, págs. 37 y ss. La reciente *Directiva 2008/8/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE en lo que respecta al lugar de la prestación de servicios*, ha modificado algunos extremos de este régimen. Para un análisis más detallado de los cambios que introduce esta Directiva nos remitimos a: RODRÍGUEZ BAHAMONDE, D., “Análisis de la Directiva 2008/8/CE del consejo, de 12 de febrero de 2008, por la que se modifica la directiva 2006/112/CEE en lo que respecta al lugar de la prestación de servicios, y su incidencia en el impuesto general indirecto canario”, *Hacienda Canaria*, núm. 23, 2008, págs. 9-28. En relación a la modificación del régimen de los servicios prestados por vía electrónica, págs. 23-25.

¹⁸ *Directiva 2008/8/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, Directiva 2008/9/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, por la que se establecen disposiciones de aplicación relativas a la devolución del impuesto sobre el valor añadido, prevista en la Directiva 2006/112/CE, a sujetos pasivos no establecidos en el Estado miembro de devolución, pero establecidos en otro Estado miembro; Directiva 2008/117/CE, de 16 de diciembre de 2008, por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, a fin de combatir el fraude fiscal vinculado a las operaciones intracomunitarias*. La trasposición de estas Directivas al Derecho español, cuyo plazo finalizaba el 1 de enero de 2010, fue realizada en un primer momento de forma apresurada a través de la insólita y oportuna Resolución de 23 de diciembre de 2009, de la Dirección General de Tributos, relativa a la aplicación e interpretación de determinadas directivas comunitarias en materia del Impuesto sobre el Valor Añadido. Apenas dos meses después de la esperpéntica reafirmación administrativa del principio de efecto directo del Derecho comunitario, se aprobó la trasposición definitiva a través de la *Ley 2/2010, de 1 de marzo, por la que se trasponen determinadas Directivas en el ámbito de la imposición indirecta y se modifica la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes para adaptarla a la normativa comunitaria*.

prestados a personas que no tuvieran la condición de sujetos pasivos¹⁹. Sin embargo, este régimen seguirá provocando distorsiones al sistema del IVA hasta el 31 de diciembre de 2014, fecha en que finaliza el plazo transitorio concedido por la Directiva 2008/8/CE para dar paso al régimen definitivo de tributación en el lugar de consumo de los citados servicios cuando sean prestados a consumidores finales²⁰.

Aunque debemos felicitarnos por la eliminación de este fuerte núcleo de distorsión, el precio ha sido alto. El largo periodo transitorio hasta la plena aplicación de la Directiva ha sido un premio a la fuerte resistencia de Luxemburgo²¹, Estado que defendía la posición de privilegio obtenida tras años ejerciendo una fuerte competencia fiscal en el sector con su tipo de IVA del 15%, atrayendo empresas como Skype, Amazon o AOL²². Aparte de su aplazamiento, Luxemburgo ha conseguido la aplicación, una vez que el régimen entre en vigor en 2015, de un régimen transitorio de cuatro años que permitirá al Estado de localización del prestador retener, primero el 30% (2015

¹⁹ El profesor RAMOS PRIETO muestra su desesperanza respecto a la eficacia de estos regímenes, especialmente en lo relativo a los operadores extracomunitarios. En opinión del autor, mientras que no se avance en materia de intercambio de información entre las autoridades fiscales, se perpetuará lo que llega a calificar como un *agujero negro* de defraudación. Véase: RAMOS PRIETO, J., "El comercio electrónico y el IVA: problemas del régimen de las operaciones realizadas por vía electrónica", págs. 248-252.

²⁰ Nueva redacción del artículo 58 de la Directiva 2006/112/CE dada por la Directiva 2008/8/CE. El principal objetivo del texto era minimizar los riesgos para el mercado derivados de la complejidad normativa y la proliferación de servicios prestados a distancia. Para ello, ha pretendido clarificar las reglas de localización de las prestaciones de servicios, promoviendo como hasta ahora la tributación en el lugar de consumo para los servicios prestados entre sujetos pasivos (B2B) y a personas que no tienen la condición de sujetos pasivos (B2C). Dada esta nueva tributación en destino, que obligaría a los prestadores de servicios a registrarse en varios Estados miembros, la Directiva ha creado un nuevo régimen especial cuando los servicios son prestados por un sujeto establecido en el territorio de la Comunidad pero no en el Estado miembro de consumo (artículos 369 bis a duodecies), creando un sistema de ventanilla única facultativo para que realice todas las operaciones desde un Estado de identificación, donde se presentará la declaración y se realizará el ingreso del IVA que posteriormente deberá distribuirse entre los Estados miembros donde hayan sido localizadas las operaciones.

²¹ CNOSSEN, S., "Three VAT Studies", *op. cit.* pág. 50, nota al pie 41.

²² El sector de las telecomunicaciones había convertido Luxemburgo (y cada vez más Madeira con un 13% de IVA) en su centro de operaciones comunitario. Los ingresos en concepto de IVA por esta actividad representaban el 1% del PIB del Ducado, por lo que el primer Ministro luxemburgués Jean-Claude Juncker, llegó a declarar en su ejercicio de resistencia numantina contra la reforma que: "No finance minister would give up one percent of his gross domestic product to make others happy". Fuente: "EU capitals set for clash over taxes", *euobserver.com*, 14 de noviembre de 2007.

y 2016) y posteriormente el 15% (2017 y 2018) del IVA recaudado mediante el sistema de ventanilla única previsto en la Directiva.

La tributación en origen se confirma así como un factor determinante para que potenciales diferencias en tipos puedan generar dinámicas de competencia fiscal entre los Estados miembros. No obstante, en un impuesto de tan amplio espectro como el IVA, solo un Estado de pequeño tamaño como Luxemburgo puede plantearse fijar un tipo reducido para atraer este limitado número de operaciones que tributan en origen. Cualquier Estado de mayor tamaño, vería seriamente comprometida su recaudación, lo que en ningún caso compensaría la potencial atracción de compras desde los demás Estados miembros.

2.2. Las diferencias de tipos en el IVA. Los tipos reducidos

En lo que respecta a los impuestos indirectos, aunque la armonización haya abarcado prácticamente todos los elementos estructurales de algunos impuestos como el IVA o los impuestos especiales, sí que podemos observar una profunda disparidad de tipos. Estas diferencias encuentran su razón de ser en el margen de discrecionalidad y soberanía concedido en las Directivas a los Estados miembros para diseñar su propio sistema tributario, en el respeto a algunas de sus particularidades y en las concesiones para alcanzar la unanimidad. A continuación comprobaremos como esta discrecionalidad y sus efectos han influido en la determinación de los tipos básicos y las diferentes excepciones en el IVA.

Todos los Estados miembros comparten el conjunto de Directivas que conforman el sistema común del IVA. Sin embargo, no existe ni ha existido nunca una armonización completa de los tipos, principal obstáculo junto con

los criterios de reparto para el paso al régimen definitivo de tributación en origen²³.

De hecho, hasta la Directiva 92/77/CEE, de 19 de octubre²⁴ no se abordó la necesidad de fijar un tipo mínimo en el impuesto. La causa principal para adoptar esta medida era el miedo a que las diferencias entre los Estados miembros, unidas a la supresión de las fronteras fiscales en la Unión (el 1 de enero de 1993), pudieran generar distorsiones al mercado único. De este modo, el artículo 1 de la Directiva establecía que: “a partir del 1 de enero de 1993, los Estados miembros aplicarán un tipo normal que hasta el 31 de diciembre de 1996 no podrá ser inferior al 15%”²⁵. A pesar del carácter aparentemente temporal de este límite, se ha prorrogado en sucesivas Directivas de modo que estará vigente, al menos, hasta el 31 de diciembre del 2015²⁶.

A través de esta misma Directiva se incorporó también la posibilidad de que los Estados miembros pudieran aplicar uno o dos tipos reducidos a varias categorías de bienes y servicios específicas²⁷. Aunque en un principio el

²³ IACONO, A., “Aliquote. Aliquote ordinarie, aliquote ridotte, aliquote in deroga”, en AA.VV., *Observaciones al Libro Verde de la Comisión Europea y propuestas sobre el futuro del IVA*, directores: Adriano di Pietro y Javier Lasarte Álvarez, Escuela Europea de Altos Estudios Tributarios – Universidad Pablo de Olavide, 2012, pág. 64.

²⁴ Directiva 92/77/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992 por la que se completa el sistema común del impuesto sobre el valor añadido y se modifica la Directiva 77/388/CEE (aproximación de los tipos del IVA).

²⁵ Se modificaba de este modo la redacción original del artículo 12.3 de la Sexta Directiva, en la que no existía ningún límite a la discrecionalidad de los Estados para determinar el tipo del IVA: “El tipo impositivo normal del Impuesto sobre el Valor Añadido se fijará por cada Estado miembro en un porcentaje de la base imponible, siendo el mismo aplicable a las entregas de bienes y a las prestaciones de servicios”. Los Estados miembros que tuvieron que elevar el tipo normal del IVA fueron España (12%), Luxemburgo (12%) y Alemania (14%).

²⁶ La última de estas prórrogas se aprobó por medio de la *Directiva 2010/88/UE del Consejo, de 7 de diciembre de 2010, por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, en lo que se refiere a la duración de la obligación de respetar un tipo normal mínimo*.

²⁷ Esta categoría de bienes y servicios está actualmente recogida en el Anexo III de la Directiva 2006/112/CE y ha sido recientemente modificada para prorrogar o incluir nuevas excepciones por la *Directiva 2009/47/CE del Consejo, de 5 de mayo de 2009, por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE en lo que respecta a los tipos reducidos del impuesto sobre el valor añadido*. Excepcionalmente, la Directiva contempló también (artículo 118) la posibilidad, teóricamente transitoria, de que aquellos Estados que aplicaran con anterioridad tipos reducidos a entregas de bienes y prestaciones de servicios que no fueran contempladas en el anexo III pudieran aplicar tipos no inferiores al 12% (el conocido como *parking rate*), para una adaptación progresiva. A 1 de julio de 2012 estos tipos seguían vigentes en Portugal, Luxemburgo, Irlanda o Bélgica para algunas operaciones. Para más detalle, nos remitimos a:

porcentaje de estos tipos mínimos no podía ser inferior al 5%, las sucesivas negociaciones para implantar la Directiva 92/77/CEE y las diferentes Actas de Adhesión han admitido un sinnúmero de excepciones que, según la propia Comisión, impiden la aplicación de un sistema de tipos coherentes en la UE²⁸.

Esta crítica se plasmó en los sucesivos informes que ha debido presentar la Comisión desde 1994 sobre la aplicación de los tipos impositivos reducidos²⁹ y se materializó en el año 2003 en una propuesta de Directiva para modificar y simplificar la amalgama de tipos reducidos del IVA³⁰. La negativa de los Estados a adoptar esta propuesta llevó al Consejo a solicitar en enero de 2006 un informe de expertos a la Comisión, informe que vio la luz el 21 de junio de 2007 con el título *Study on reduced VAT applied to goods and services in the Member States of the European Union*³¹ (en adelante, el Estudio).

Comisión Europea, *VAT Rates Applied in the Member States of the European Union*, 1 de julio de 2012, TAXUD.C.1(2012)910012, págs. 9-10. Otra de estas excepciones es la recogida en el art. 114 de la Directiva 2006/112/CE [en la Directiva 92/77/CEE artículo 28, apartado 2, letra c)]: “Los Estados miembros que, el 1 de enero de 1993 se vieron obligados a aumentar en más del 2 % su tipo normal vigente el 1 de enero de 1991, podrán aplicar un tipo reducido inferior al mínimo que se establece en el artículo 99 a las entregas de bienes y prestaciones de servicios de las categorías que figuran en el anexo III.” Entran dentro de esta excepción Luxemburgo (3%) y España (4%), con tipos superreducidos inferiores al 5% estipulado en la Directiva. Para ver la lista de productos a que son de aplicación nos remitimos a: Comisión Europea, *VAT Rates Applied in the Member States of the European Union*, *op. cit.*, págs. 11-12.

²⁸ Gran parte de estas excepciones a los Estados miembros recientemente incorporados tuvieron vigencia hasta el 31 de diciembre de 2010. La Directiva 2009/47/CE únicamente las ha confirmado para Chipre y Malta.

²⁹ Conforme al artículo 12.4 de la Sexta Directiva IVA (redacción dada por la Directiva 92/77/CEE), desde 1994 “el Consejo, basándose en un informe de la Comisión, examinará cada dos años el ámbito de aplicación de los tipos impositivos reducidos, y por unanimidad podrá decidir, a propuesta de la Comisión, la modificación de la lista de bienes y servicios del Anexo H (actual Anexo III)”. Estos informes se contienen en: COM (94) 584 final, 13 de diciembre de 1994; COM (97) 559 final, 13 de noviembre de 1997 y COM (2001) 599 final, 22 de octubre de 2001. La preocupación por las distorsiones que puede causar la aplicación de los tipos reducidos fue uno de los principales motivos para el encargo del documento ya citado: *Study on reduced VAT applied to goods and services in the Member States of the European Union*. Poco después de la publicación de este documento, la Comisión abrió en 2008 un proceso de consulta para la revisión de legislación en materia de tipos reducidos de IVA. Aunque no reveló ningún problema específico de funcionamiento del mercado único, sí fue una constante que los agentes criticaran la complejidad y los costes de cumplimiento asociados al sistema vigente. Véase: *Consultation paper. Review of existing legislation on VAT reduced rates*, TAXUD/D1 D/24232, de 6 de marzo de 2008.

³⁰ COM (2003) 397 final, 23 de julio de 2003.

³¹ *Study on reduced VAT applied to goods and services in the Member States of the European Union*, Final Report, 21 de junio de 2007, 6503 DG TAXUD, Copenhagen Economics.

En contra de la tendencia propuesta por la Comisión, el Estudio, a la par que reconocía el riesgo inherente a las disparidades de tipos, era partidario de emplear los tipos reducidos como instrumento de promoción de algunas actividades, para lo cual proponía incluso la ampliación de la lista de tipos reducidos del Anexo III de la Directiva a nuevos bienes y servicios³². Algunas de estas propuestas han sido recogidas en la Directiva 2009/47/CE, que amplía la lista de los productos y servicios susceptibles de ser gravados a tipos reducidos y prorroga algunas de las excepciones consentidas a los nuevos Estados miembros en sus Actas de Adhesión³³.

Recientemente, sin embargo, la Comisión a vuelto a la carga contra el esquema de tipos reducidos del IVA en su Comunicación de 2011 sobre el futuro del IVA³⁴, en la que plantea la supresión de los tipos reducidos que puedan suponer un obstáculo para el funcionamiento del mercado interior o que afecten a bienes de consumo desaconsejados por otras políticas de la UE. Paralelamente, al igual que hizo en el Libro Verde, propone avanzar en la convergencia de tipos entre bienes y servicios equivalentes, especialmente

³² Nos hacemos eco en este punto de la cuarta conclusión del informe que respalda la aplicación de estos tipos reducidos: “there is a *limited and contingent argument* for extending reduced VAT rates (or other subsidies) to sectors that for some (good) reason are under-consumed. The motivation can be to make cultural (merit) goods more available for low income households or to stimulate consumption of goods with positive externalities. Examples of the former could be books, music and cultural events; of the latter energy saving appliances”. Véase: *Study on reduced VAT applied to goods and services in the Member States of the European Union*, Final Report, 21 de junio de 2007, 6503 DG TAXUD, Copenhagen Economics, pág. 5.

³³ Las recomendaciones del Estudio fueron trasladadas a la *Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE en lo que respecta a los tipos reducidos del impuesto sobre el valor añadido*, COM (2008) 428, 5 de julio de 2008.

Entre los acuerdos adoptados está el de aplicar los mismos tipos reducidos a los diversos soportes físicos (audio libros, CD, etc.) que representan la misma información que un libro. También una prórroga y extensión de los conocidos como “servicios intensivos en mano de obra” como la peluquería, limpieza de viviendas, restauración o el cuidado de niños, ancianos y enfermos. Esta última categoría fue incluida por primera vez mediante la *Directiva 1999/85/CE, de 22 de octubre, que autoriza con carácter temporal el tipo reducido del IVA para servicios de gran intensidad de mano de obra*. Su objetivo principal era fomentar el empleo permitiendo la aplicación de tipos reducidos en sectores en los que la prestación de servicios estaba estrechamente vinculada a un uso intensivo del factor trabajo. Inicialmente prevista para un periodo de 3 años (2000-2002), la posibilidad de fijar tipos reducidos por este motivo se ha hecho permanente a través de la Directiva 2009/47/CE.

³⁴ COM (2011) 851 final, 6 de diciembre de 2011, págs. 11-12. Uno de los principales argumentos que expone es la posibilidad de reducir los tipos generales entre 1,9 y 7,5 puntos porcentuales si se eliminaran los tipos reducidos. En el Libro Verde, en cambio, no mostraba especial preocupación por que la heterogeneidad de tipos supusiera una perturbación importante para el mercado único. Véase: COM (2010) 695 final, pág. 17.

aquellos como los libros o periódicos electrónicos que quedan, en principio, fuera del campo de aplicación de los tipos reducidos³⁵. El ejemplo más claro de la voluntad comunitaria de revisar el sistema de tipos reducidos lo encontramos en la apertura en 2012 de un periodo de consulta a los principales agentes, con el título *Review of existing legislation on VAT reduced rates*³⁶. Entre las cuestiones que plantea, resultará de especial interés conocer cuáles son las situaciones en las que los agentes llamados a la consulta consideran que la aplicación de tipos mínimos puede generar distorsiones a la competencia, es decir, pueda inducir *cross-border shopping*³⁷. En futuras actualizaciones de este trabajo, por tanto, prestaremos gran atención al resultado de esta consulta pública.

En el otro lado de balanza, la Comisión presentó en los años 90 sendas propuestas para que se contemplara un tipo máximo del impuesto, que se pretendía fijar en el 25%³⁸. Finalmente, aunque no se incorporó a las Directivas, ha existido una suerte de acuerdo entre los Estados para no elevar por encima de 10 puntos el diferencial entre el citado tipo mínimo y el tipo máximo, por lo que en la práctica los tipos de los Estados miembros oscilaban entre el 15 y el 25%³⁹. Recientemente, sin embargo, al hilo del incremento por

³⁵ La convergencia entre el entorno en línea y el entorno físico se ha propugnado por la Comisión en la Comunicación *Una Agenda Digital para Europa*, COM (2010) 245, de 19 de mayo de 2010, es la denominada “neutralidad tecnológica”, ya extendida en otros ámbitos del Derecho, especialmente en la rama administrativa.

³⁶ Este periodo de consulta ha finalizado el 4 de enero de 2013. En espera de sus resultados, la Comisión ya apuntaba a tres objetivos fundamentales: la abolición de los tipos mínimos que puedan causar distorsiones al mercado único, la eliminación de los tipos mínimos aplicados a bienes o servicios penalizados por otras políticas comunitarias y la equiparación de tipos entre bienes y servicios similares, especialmente en aquellos de índole tecnológica. Véase: *Consultation paper. Review of existing legislation on VAT reduced rates*, TAXUD/C1. Este periodo de consulta ha finalizado el 4 de enero de 2013.

³⁷ En concreto, la primera pregunta formulada es: “Are there any concrete situations that you are aware of whereby the application of a reduced rate on certain goods and services by one or more Member States is effectively resulting in material distortion of competition within the Single Market? Please explain and, if possible, give an indication of the economic impact of the distortive effects”. Véase: *Consultation paper. Review of existing legislation on VAT reduced rates*, TAXUD/C1, pág. 8.

³⁸ COM (95) 731 final, de 20 de diciembre de 1995, y COM (98) 693 final, de 30 de noviembre de 1998.

³⁹ Tal y como se indica en el apartado 8 de la *Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE, relativa al Sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido, en lo que respecta a la duración de la obligación de respetar un nivel mínimo del tipo impositivo normal*, COM (2010) 331 final, 24 de junio de 2011, los Estados miembros, a pesar

parte de Hungría de su tipo básico del IVA al 27% desde el 1 de enero de 2012, la Comisión ha dejado claro que no existe obstáculo alguno para que esta medida se implemente⁴⁰.

Aparte de Hungría, la crisis económica ha llevado a muchos otros Estados miembros a elevar sus tipos de IVA en los últimos años⁴¹. Este hecho, aparte de elevar el tipo básico medio de la Unión al 21%, ha provocado en la práctica un acercamiento de tipos. En el tiempo de elaboración de este trabajo, únicamente Malta (18%), Chipre (17%) y Luxemburgo (15%) sitúan su tipo básico por debajo del 19%.

Con este acercamiento espontáneo de tipos el potencial distorsionador de las disparidades en los tipos del IVA se ha visto claramente reducido. Sin embargo, como advierte el Estudio, el verdadero riesgo para el equilibrio del mercado es el gran número de tipos reducidos y superreducidos⁴². Dado que su aplicación es opcional (y en algunos casos exclusiva para algunos Estados) se pueden crear importantes distorsiones a la competencia en relación a algunos de los productos y servicios que se benefician de los mismos. Entre las categorías en las que existe un mayor riesgo queremos destacar:

a) los libros en cualquier formato físico⁴³

de rechazar las propuestas de incorporar a las Directivas el tope máximo del 25%, realizaron una declaración que se hizo constar en el acta del Consejo en la que se hacía referencia a su compromiso para evitar que se ampliara la diferencia de 10 puntos porcentuales existente entre el mayor y el menor de los tipos aplicados.

⁴⁰ “Hungary’s planned 27 pct VAT not against EU rules-EU”, *Agencia Reuters*, 21 de septiembre de 2011.

⁴¹ Especialmente trascendentes han sido las subidas desde el año 2008 en Rumanía (del 19 al 24%), Grecia (del 19 al 23%), España (del 16 al 21%), Portugal (del 20 al 23%) o Letonia (del 18 al 22%). Mientras que en los países mediterráneos existe un vínculo claro entre estas subidas y la crisis económica que atraviesan, en los Estados del Este estas medidas pueden entenderse en parte como otro paso más en la reforma fiscal iniciada con la instauración de los *flat tax*.

⁴² Resulta paradigmático el caso de Dinamarca, único Estado miembro que no aplica ningún tipo reducido. A salvo de las pertinentes exenciones, grava todas las entregas de bienes y prestaciones de servicios al 25%.

⁴³ Aunque el Anexo III de la Directiva faculta para la aplicación de tipos reducidos tanto a los libros como a las otras representaciones físicas de estos (CD, DVD, etc.) existen Estados que únicamente aplican el tipo reducido a los libros en formato papel. Salvo Bulgaria y Dinamarca todos los Estados aplican tipos reducidos a los libros en formato papel. A los libros en otros formatos solo los aplican España, Francia, Italia, Luxemburgo, Hungría, Holanda, Portugal,

- b) los libros electrónicos⁴⁴
- c) los servicios prestados por vía electrónica⁴⁵
- d) los servicios turísticos, principalmente hoteles y restaurantes⁴⁶

2.3. La movilidad de las transacciones

Hasta ahora, la doctrina ha empleado casi con exclusividad el término competencia fiscal para referirse a la rivalidad entre jurisdicciones como consecuencia del sistema de imposición sobre las sociedades. Aunque no negamos que este sea el principal foco de competencia fiscal, queremos hacer hincapié en el carácter transversal del fenómeno y recuperar un enfoque integral para su análisis.

Ya hemos observado como el esquema de tributación en origen y las diferencias de tipos en el IVA pueden generar nichos de competencia fiscal, aunque circunscritos casi en exclusiva al comercio con destino a particulares.

Rumanía y Eslovenia. Véase: *VAT Rates Applied in the Member States of the European Union*, *op. cit.*, pág. 4.

⁴⁴ En principio, los libros transmitidos en formato electrónico tributarían siempre al tipo general, ya que se consideran servicios prestados por vía electrónica y el propio art. 98.2 recoge expresamente que: “los tipos reducidos no serán aplicables a los servicios prestados por vía electrónica”. Para mayor refuerzo, la Directiva 2009/47/CE ha añadido la coletilla “en cualquier medio de soporte físico” al apartado 6 del anexo III de la Directiva 2006/112/CE, excluyendo así los libros electrónicos de la aplicación de tipos reducidos al suministro de libros. Como denuncia RAMOS PRIETO, la falta de equiparación de los libros en formato electrónico a las publicaciones en papel supone un ataque frontal al principio de neutralidad y constituye un incentivo para el fraude fiscal. RAMOS PRIETO, J., “El comercio electrónico y el IVA: problemas del régimen de las operaciones realizadas por vía electrónica”, *op. cit.*, pág. 258.

⁴⁵ Estos servicios quedan excluidos en principio de la aplicación de cualquier tipo reducido, al igual que los libros electrónicos (que son una especialidad de estos servicios), por el art. 98.2 de la Directiva 2006/112/CE. Las diferencias de tipos son, por tanto, las diferencias entre los tipos básicos. El problema, sin embargo, radica en la altísima movilidad de este tipo de servicios como comprobaremos en el apartado siguiente, lo que ha facilitado la concentración de estas actividades en los Estados con menores tipos de IVA como Luxemburgo.

⁴⁶ Como indicamos en una nota anterior, salvo cuatro Estados (Reino Unido, Eslovaquia, Lituania y Dinamarca), todos los demás prevén tipos reducidos para las estancias hoteleras. En relación a los restaurantes, en cambio, son trece los países que han establecido tipos reducidos, tal y como admite el actual art. 15 bis del Anexo III de la Directiva 2006/112/CE conforme a su consideración como servicio intensivo en mano de obra por la Directiva 2009/47/CE.

En este punto, nos ocuparemos de examinar si estos nichos se han traducido en dinámicas de competencia fiscal entre los Estados, alentados por el deseo de atraer determinadas transacciones a su territorio, tanto para incrementar su tributación, como para incentivar el crecimiento de algunos sectores.

En todo caso, aunque los Estados no hayan adoptado medidas concretas y no podamos afirmar que exista una verdadera competencia fiscal en este campo, sí que trataremos de identificar la presencia de arbitraje fiscal entre los particulares, que como *homo economicus* tratarán de sacar provecho, dentro de la legalidad, de las diferencias de tipos entre los Estados miembros.

La aparición de este arbitraje fiscal requiere de la presencia de una alta movilidad, factor al que contribuyen tanto las posibilidades de desplazamiento de las personas (consumidores finales) como de los propios productos (que puedan ser transportados con un bajo coste).

Cuando son las personas las que cruzan las fronteras entre dos Estados miembros para adquirir un bien o servicio estamos ante una situación de *cross-border shopping*. Un fenómeno prácticamente equivalente es la adquisición de determinados bienes o servicios a distancia. Aunque no existe el acto físico del desplazamiento por parte del particular, extendemos a este supuesto la metodología del *cross-border shopping* por entender que estas compras pueden estar igualmente influenciadas por el factor fiscal cuando tributan en el Estado de origen.

En el caso de los servicios que deben ser disfrutados inmediatamente, la capacidad del factor fiscal para condicionar la decisión de los consumidores dependerá fundamentalmente del coste que suponga el desplazamiento al Estado de menor tributación. La distancia se convierte de este modo en un factor clave, tal y como predicen los modelos económicos de *cross-border shopping*⁴⁷. Los servicios en que existen mayores diferencias de tipos entre los

⁴⁷ KANBURI, R. y KEEN, M. "Jeux Sans Frontières: Tax Competition and Tax Coordination When Countries Differ in Size", *American Economic Review*, 1993, núm. 83, págs. 877-892. Esta perspectiva teórica fue luego confirmada por: ASPLUND, M.; FRIBERG, R. Y WILANDER, F., "Demand and distance: Evidence on cross-border shopping", *Journal of public economics*, 2007, núm. 91, pág. 141-157. El coste y la distancia suelen ir de la mano aunque la

Estados miembros serían potencialmente en los que podría darse este fenómeno con mayor intensidad (hostelería o restauración).

Sin embargo, como señala el Estudio, en muchas ocasiones es difícil identificar qué parte de la diferencia de precio que incita al consumidor transfronterizo es a causa de la diferencia de tipos de IVA y qué parte trae causa de otros factores (menor coste de la mano de obra, menores exigencias administrativas, etc.)⁴⁸. A medida que los estándares de prestación de servicios en la UE se aproximen, se prevé que los ciudadanos europeos incrementarán este “turismo de servicios”⁴⁹, especialmente respecto a aquellos servicios de un elevado coste, como los sanitarios. La influencia del factor fiscal en este aspecto, sin embargo, no es determinante⁵⁰.

En el caso de las compras transfronterizas cobra especial importancia el coste del transporte de los productos adquiridos⁵¹. Por ello, este comercio se concentra en productos estandarizados con un elevado valor por unidad de peso o volumen; fundamentalmente grandes marcas o productos culturales, es decir, música, películas, electrónica, ropa, perfumes, etc.⁵²

proliferación de vuelos de bajo coste y el encarecimiento del transporte terrestre han puesto en cuestión esta ecuación, resultando en ocasiones más económico desplazarse en avión a un Estado miembro más lejano que, simplemente, cruzar la frontera al Estado vecino.

⁴⁸ *Study on reduced VAT applied to goods and services in the Member States of the European Union*, op. cit., pág. 17.

⁴⁹ Los servicios, al contrario que los bienes, son muy difíciles de estandarizar. Mientras que una marca de ropa o un artículo electrónico se entiende de la misma calidad en cualquier Estado, la fiabilidad de un servicio exige un coste de información muy superior.

⁵⁰ Sirva de botón de muestra el creciente fenómeno del turismo sanitario, especialmente en el ámbito dental con destino a países como Hungría o Rumanía. Véase: “Hungría apuesta por el turismo dental”, ICEX, 19 de mayo 2011. La escasa importancia del factor fiscal en este caso se constata en el hecho de que estos servicios están exentos de IVA en la mayoría de los países de la UE.

⁵¹ Como indica GIL SORIANO: “Los incentivos del consumidor dependen de las diferencias entre precios, de la distancia y del coste del viaje”. Véase: GIL SORIANO, A., “Fiscalidad de tabaco y contrabando”, op. cit., págs. 58-59. En el mismo sentido: BUCK, D., GODFREY, C. y RICHARDSON, G., *Should Cross Border Shopping Affect Tax Policy?*, Centre for Health Economics, York University, 1994, pág. 12. En el mismo sentido, las conclusiones del trabajo: MANUSZAK, M. D. y MOUL, C. C., “How Far For a Buck? Tax Differences and the Location of Retail Gasoline Activity in Southeast Chicagoland”, *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 91, núm. 4, 2009, págs. 744-765.

A lo largo del capítulo comprobaremos que existen límites a la cantidad de productos sujetos a impuestos especiales que un sujeto puede adquirir en otro Estado miembro y que puede acogerse a la tributación en origen.

⁵² Obviamente, este comercio es especialmente intenso en relación a productos sujetos a impuestos especiales como el tabaco, las bebidas alcohólicas y los hidrocarburos. Estos

Los servicios prestados por vía electrónica⁵³, por su parte, son el mejor ejemplo de eliminación de cualquier obstáculo a la movilidad, al poder contratarse en cualquier lugar y desde cualquier lugar sin ningún coste adicional. Este hecho provoca que estos servicios sean hipersensibles a las diferencias de tributación. Por este motivo, resulta de especial trascendencia el régimen aprobado por la Directiva 2008/8/CE, que extenderá la tributación en destino a estos servicios cuando son prestados a particulares, eliminando así los incentivos para la concentración de estas actividades en Estados concretos, en este caso Luxemburgo.

2.4. La competencia y el arbitraje fiscal en el IVA

Tal y como demuestran los diferentes trabajos estadísticos realizados por la Comisión, existirían tres modelos diferenciados de conductas de compra en otro Estado miembro⁵⁴. En primer lugar, tendríamos a los compradores esporádicos, que realizan compras por turismo; en segundo, nos encontramos con el creciente grupo de los compradores de bienes y servicios a través de Internet; por último, estarían los residentes en áreas fronterizas, que desarrollan unas pautas de compras muchos más estructuradas.

Desde el punto de vista de los primeros, los compradores turísticos, la tributación apenas tiene relevancia una vez decidido el destino. La habitual limitación de espacio para el transporte los lleva a comprar casi únicamente dentro de un catálogo de productos típicos poco sensibles a cambios en el

productos también están sujetos al tipo normal del IVA en todos los Estados miembros, por lo que su compra puede estar también influenciada por las diferencias en este impuesto. Como nos ocuparemos de estos productos con más detalle en los siguientes apartados, en este nos centraremos en las compras provocadas estrictamente por las diferencias de IVA.

⁵³ Así como los servicios de telecomunicaciones, televisión y radiodifusión que reciben acertadamente el mismo tratamiento.

⁵⁴ Dentro de la Unión Europea se observan grandes diferencias en la intensidad de las compras en otros Estados miembros, fundamentalmente influenciadas por la situación geográfica, la cultura, la historia política o el propio nivel económico. Véase: Comisión Europea, *Qualitative Study on Cross-Border Shopping in 28 European Countries*, Eurobarómetro, Mayo 2004, pág. 13.

precio, caracterizados por su originalidad o exclusividad⁵⁵. Por ello, este tipo de comercio queda fuera del campo de nuestro interés.

Los usuarios de Internet, en cambio, que realizan compras a distancia y solicitan servicios electrónicos o de telecomunicaciones, sí son mucho más sensibles a las diferencias de tributación (y de precio)⁵⁶, ya que adquieren productos generalmente estandarizados y no están sujetos al límite de la distancia para acotar su mercado⁵⁷.

En un primer momento las estadísticas podrían llevarnos a un cierto engaño al pensar que este comercio tiene un carácter residual. Aunque podemos aceptar esta afirmación en términos absolutos respecto al total del comercio comunitario, no se puede obviar, sin embargo, la incidencia y la distorsión que pueden suponer para el mercado interior en campos específicos y sobre todo el crecimiento exponencial que ha experimentado en la última década.

En el caso de las compras a distancia, al excluirse de la tributación en origen las ventas realizadas por grandes operadores, existe una atomización del mercado que minora estos riesgos. Sin embargo, la tributación en origen sí que ha tenido efectos muy severos en el caso de los servicios electrónicos y de telecomunicaciones⁵⁸. Solo la pasividad de las instituciones comunitarias y la

⁵⁵ Como apuntan algunas estadísticas de la Comisión, existen factores, en un sentido contrario al precio, que suelen atraer compras hacia Estados más desarrollados como el abanico de opciones, la calidad, o el simple placer de comprar en establecimientos mejor acondicionados. Véase: Comisión Europea, *Qualitative Study on Cross-Border Shopping in 28 European Countries*, op. cit., pág. 8.

⁵⁶ No olvidemos que las ventas a distancia bajo determinadas condiciones (artículo 34, Directiva 2006/112/CE) y los servicios electrónicos hasta el año 2015 seguirán tributando en el Estado de origen. En las compras a distancia los productos más demandados son música, películas y software y hardware informáticos.

⁵⁷ Conforme al modelo económico que expusimos en el primer capítulo, el coste de desplazamiento era el mayor obstáculo para la existencia del *cross-border shopping*. En este tipo de comercio la barrera es el coste del transporte de los productos adquiridos, aunque por su alta proporción precio/peso o volumen, este suele ser poco relevante. De hecho, una vez que el sujeto decide adquirir el bien por Internet, el coste de transporte interno en ocasiones apenas difiere del coste del transporte intracomunitario de esos bienes. El supuesto de los servicios es el caso extremo, ya que estos costes son cero.

⁵⁸ Como ya indicamos anteriormente, las mayores empresas del sector de las telecomunicaciones y los servicios a distancia se han localizado en Luxemburgo para que los clientes se beneficiaran del menor tipo de IVA. Aunque en nada reprochamos la actitud de las empresas, que adoptan esta decisión en el ejercicio de su libertad de establecimiento y velando

mayoría de los Estados, así como la regla de la unanimidad que bloqueó durante años el cambio de la Directiva, pueden explicar por qué se ha tardado tanto en reaccionar ante los lacerantes efectos de la competencia fiscal ejercida por Luxemburgo en este mercado. Aunque este desfase tenga fecha de caducidad, sus consecuencias seguirán trayendo cola.

Las últimas noticias en este campo son que Francia y Luxemburgo han sido denunciados por la Comisión por haber reducido al 7% y al 3%, respectivamente, la tributación sobre los libros electrónicos⁵⁹, decisiones manifiestamente contrarias a la prohibición expresa de aplicar dichos tipos reducidos a servicios prestados por vía electrónica prevista en el artículo 58.2 de la Directiva 2006/112/CE. Al margen de que la propia Comisión haya mostrado su deseo de una equiparación de la tributación de los formatos físico y digital (neutralidad tecnológica), mientras que no exista una reforma que elimine esta prohibición, estas medidas atacan frontalmente la competencia en el mercado interno. Si ya es reprobable fijar tipos reducidos sobre prestaciones vetadas, más peligroso es hacerlo en un campo aún muy sensible a la competencia fiscal por la vigencia de la tributación en origen, por las grandes diferencias de tributación y por los nulos costes de transacción vinculados a la compra de este formato.

De hecho, ejerciendo de abogados del diablo, vamos a defender esta criticada prohibición de aplicar tipos reducidos a los servicios prestados por vía electrónica. En nuestra opinión, esta medida tiene una clara razón de ser, eso sí, ahora con justificación temporal. Estos servicios han tributado en el Estado de origen cuando eran prestados a consumidores finales, por lo que el veto a la aplicación de tipos reducidos ha impedido una mayor competencia fiscal en este ámbito, al limitar la misma a las diferencias entre el tipo básico de los diferentes Estados miembros⁶⁰. No obstante, desde el momento en que entre

por sus propios intereses, sí que reconocemos una clara distorsión respecto a una distribución más lógica de estos servicios.

⁵⁹ El 3 de julio de 2012 la Comisión ha iniciado un procedimiento de infracción contra ambos Estados por esta cuestión. Press Release: *Commission questions France and Luxembourg about reduced VAT rate on digital books*, IP/12/740.

⁶⁰ Resulta de todos modos paradójico que el Estado que se veía más beneficiado por esta competencia entre tipos básicos, Luxemburgo, sea el que haya desatado la tormenta al aplicar un tipo reducido sobre los libros en formato electrónico.

en vigor en 2015 el régimen de tributación en destino de estas operaciones, no consideramos que tenga sentido la pervivencia de esta prohibición.

El tercer modelo que nos faltaba por analizar era el de los compradores fronterizos. Este grupo de consumidores está perfectamente adaptado a su realidad geográfica y ajustan a ella sus hábitos de compra, de modo que consideran los productos al otro lado de las fronteras, en función de la distancia, como sustitutivos respecto a los adquiridos en su Estado miembro. Las diferencias en los tipos de IVA, aunque pueden motivar algunas compras transfronterizas y un cierto arbitraje fiscal, o bien se confunden con otros elementos de coste, o bien no tienen la entidad suficiente como para crear preocupación entre los Estados miembros⁶¹. En resumen, a la hora de fijar sus tipos de IVA los Estados apenas se plantean el riesgo de perder recaudación por un incremento de compras transfronterizas.

2.5. Conclusiones

La principal conclusión que obtenemos de este análisis es que el campo de acción de la competencia fiscal en el ámbito del IVA es limitado. Igualmente, solo en ámbitos concretos las diferencias de IVA pueden ser suficientemente representativas para alentar siquiera el arbitraje fiscal de los ciudadanos.

Hay que tener en cuenta, en primer lugar, que estos fenómenos están vinculados a un cada vez más defenestrado criterio de tributación en origen. El principal foco de distorsión a la competencia lo encontramos en la pervivencia del sinfín de excepciones previstas para el mantenimiento de los tipos reducidos. No obstante, en los escasos campos en que existen diferencias importantes de tipos, bien los costes de desplazamiento (en las compras transfronterizas), bien los costes de transporte (en las compras a distancia),

⁶¹ KEEN, M., "Some international issues in commodities taxation", *IMF working papers*, 2002, núm. 124, pág. 10. La falta de arbitraje fiscal en el campo del IVA lo achaca el autor a la dificultad de transportar los productos en los que pueden resultar más atractivas las diferencias de IVA. Sin embargo, los productos sujetos a impuestos especiales si se ven muy afectados por el *cross-border shopping* al tener un alto ratio valor/kilo.

pueden reducir en gran medida la posibilidad de que las decisiones de compra condicionadas por el factor fiscal.

Adicionalmente, existe una clara aproximación de tipos básicos entre los Estados miembros, aunque más provocada por las necesidades financieras derivadas de la crisis económica que por la laxa acción comunitaria, que únicamente ha sido capaz de imponer el establecimiento de un tipo mínimo⁶².

En último término, la competencia y el arbitraje fiscal en el IVA se concentran en aquellos ámbitos especialmente sensibles a pequeñas diferencias de precio por sus nulos costes de transacción, como los servicios prestados por vía electrónica, en los que ya hemos visto la distorsión provocada por permitir la tributación en origen. Tal vez, la prohibición de aplicar tipos reducidos a estos servicios haya sido una medida para preservar el mercado frente a una más agresiva competencia fiscal. En todo caso, aunque este régimen quedará derogado en el año 2015, dado que los avances tecnológicos suelen abocar a la obsolescencia normativa; será necesario que nos mantengamos atentos a nuevos campos de riesgo.

Igualmente, queremos manifestar nuestra predilección por el sistema de imposición indirecta sobre el consumo basada en un tipo único, implantado originalmente en Nueva Zelanda en 1986 (*Goods and Services Tax*, GUSTA) y extendido en la actualidad a un gran número de países: Australia, Corea, Canadá, Singapur, Sudáfrica, etc. Este sistema reduce las distorsiones creadas por la disparidad de tipos internos, simplifica la gestión del impuesto y mejora su eficiencia. Al igual que ha hecho Dinamarca, creemos que esta es la senda a seguir en la UE. El IVA no debe acudir al rescate del maltrecho principio redistributivo.

Tal y como se ha demostrado en Nueva Zelanda, con un tipo actual del 15%, es mucho más efectivo mejorar las transferencias directas del sistema con la recaudación obtenida por la aplicación del IVA a todos los productos,

⁶² En este punto los hechos han contradicho la previsión de SINN, que consideraba que las diferencias de tipos de IVA entre los Estados miembros, una vez abiertas las fronteras, provocarían una presión a la baja de los tipos por el riesgo de compras transfronterizas. SINN, H. W., "Tax Harmonization and Tax Compensation in Europe", *National Bureau of Economic Research*, Working Paper, núm. 3248, Cambridge, pág. 14.

que subvencionar indirectamente bienes y servicios de los que se benefician, incluso en mayor medida, las clases más altas⁶³. Por ahora, parece que únicamente Dinamarca, que aplica un tipo único del 25%, ha conseguido soltar el lastre de los *lobbies* de los tipos reducidos, *brava* Dinamarca⁶⁴.

A continuación, vamos a pasar a estudiar los bienes sujetos a impuestos especiales, cuyas diferencias de tributación son mucho más representativas, lo que provoca mayores diferencias de precio entre los Estados miembros y, paralelamente, una mayor trascendencia del *cross-border shopping*. Los siguientes apartados los dedicaremos a conocer mejor el régimen de tributación de los mismos y a examinar las causas, los efectos y las posibles soluciones para evitar que este fenómeno distorsione el mercado interior.

3. LA FISCALIDAD DEL CONSUMO: LOS IMPUESTOS ESPECIALES. SU ESQUEMA DE TRIBUTACIÓN

Los impuestos especiales, también conocidos como accisas en la terminología habitual de la UE, reciben tal nombre por gravar el consumo de

⁶³ Este sistema merece un estudio detallado que pueda romper las barreras ideológicas que siguen lastrando un debate constructivo. Como lecturas de referencia recomendamos: DICKSON, I. y WHITE, D., "Tax Design Insights from the New Zealand Goods and Services Tax (GST) Model", , *Working Paper Series*, Centre for Accounting Governance and Taxation Research, Wellington, núm. 60, 2008; JAMES, S. y ALLEY, C., "Successful tax reform: the experience of value added tax in the United Kingdom and goods and services tax in New Zealand", *Journal of Finance and Management in Public Services*, Vol. 8, núm. 1, 2008, págs. 35-47; OWENS, J. y BATTIAU, P., "VAT's next half century: Towards a single-rate system?", *OECD Observer*, núm. 284, 2011 y especialmente, la obra colectiva: AA.VV., *GST in Retrospect and Prospect*, directores: David White y Richard Krever, Thomson Brookers, Wellington, 2007.

⁶⁴ No obstante, Dinamarca ha optado por realizar una equiparación "por arriba", gravando todas las entregas de bienes y prestaciones de servicios no exentas con un tipo único muy elevado, del 25 %. En cambio, los tipos habituales en los demás países que aplican este sistema suele ser más reducido. De aplicarse este sistema a otros Estados de la UE, somos partidarios de reducir los tipos básicos únicos por debajo de los niveles actuales.

bienes específicos⁶⁵. Estos impuestos existían con diversa estructura y alcance en los Estados miembros antes de la creación del mercado único. Dada su repercusión directa sobre el precio de los bienes y servicios, eran susceptibles de influir de modo muy significativo en la circulación de bienes y servicios. Su potencial peligrosidad para el desarrollo adecuado del mercado obligó a un proceso armonizador a nivel comunitario que creara un marco jurídico común. El objetivo del mismo era diseñar un equilibrio entre la soberanía nacional de los Estados y una cierta coordinación fiscal que obstaculizara el desarrollo de dinámicas de competencia fiscal, evitando la fijación de tipos impositivos muy diversos para una misma categoría de bienes⁶⁶. Una de las principales características de estos impuestos es que se incluyen en la base imponible del IVA, lo que ha sembrado dudas sobre la posible existencia de sobreimposición⁶⁷.

3.1. Delimitación del estudio e ideas básicas sobre la tributación de los impuestos especiales

El actual marco general de los impuestos especiales está recogido en la Directiva del Consejo 2008/118/CE, de 16 de diciembre de 2008, relativa al régimen general de los impuestos especiales, y por la que se deroga la Directiva 92/12/CEE⁶⁸. Esta Directiva que denominaremos horizontal,

⁶⁵ El empleo del término *accisas* es común en los documentos comunitarios por su raíz latina *accisia* (impuesto), de la que derivan, entre otras, las palabras francesa (*accise*), italiana (*accisa*) e inglesa (*excise*).

⁶⁶ BORJA, P., *Diritto Tributario Europeo*, Giuffrè, 2010, Milán, págs. 321 y ss.

⁶⁷ Entre los trabajos que advierten de esta posibilidad les remitimos a: LÓPEZ ESPADAFOR, C. M., "La determinación de un límite cuantitativo a la imposición indirecta y la extrafiscalidad", *Nueva Fiscalidad*, núm. 1, 2011, págs. 9-74.

⁶⁸ Este texto entró en vigor el 15 de enero de 2009 y es de plena aplicación en la Unión Europea desde el 1 de abril de 2010. Su principal objetivo era clarificar la regulación de los impuestos especiales tras las numerosas reformas a que había sido sometida la anterior *Directiva 92/12/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa al régimen general, tenencia, circulación y controles de los productos objeto de impuestos especiales*. No obstante, apenas incorpora algunos elementos técnicos respecto a la regulación previa, vigente desde el

representa el eje vertebrador de las Directivas verticales⁶⁹, aprobadas para regular en concreto el impuesto especial que gravará cada tipo de producto. Entre los principales, podemos señalar las labores del tabaco⁷⁰, el alcohol y las bebidas alcohólicas⁷¹ y los productos energéticos (entre ellos los combustibles, la electricidad, el gas o el carbón)⁷². Además, estos textos venían acompañados de otras Directivas de acercamiento de tipos⁷³, cuyo cometido fundamental era la fijación de tipos mínimos para promover una tributación similar para estos productos⁷⁴.

Dado que el objeto de esta parte del trabajo es analizar el fenómeno propio del *cross-border shopping* entre los Estados miembros y evaluar las posibilidades de competencia fiscal, nos centraremos en las tres categorías de productos gravados con impuestos especiales más susceptibles de ser objeto

1 de enero de 1993. De nuevo, al igual que sucediera con el establecimiento del tipo mínimo del 15% y del esquema de las adquisiciones intracomunitarias, esta fecha es clave para entender la fiscalidad comunitaria. La plena entrada en vigor de la libertad de circulación de bienes dentro de la Unión Europea, con la eliminación de los controles fiscales en las fronteras interiores de los Estados miembros, exigía un régimen común para los productos sujetos a impuestos especiales, el mejor escudo contra el desarrollo de dinámicas de competencia fiscal, en especial en las zonas fronterizas de los Estados miembros con tributación más dispar.

⁶⁹ La terminología de Directiva *horizontal* y Directivas *verticales* la emplea con carácter general la doctrina para hacer referencia al carácter transversal de la primera. Utiliza esta terminología, por ejemplo: PÉREZ ROYO, F., “Los impuestos especiales y otros impuestos menores”, en AA.VV., *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial*, Segunda Edición, director: Fernando Pérez Royo, Tecnos, Madrid, 2008, pág. 867. Usan el término *estructurales* para referirse a las Directivas *verticales*: TERRA, B.J.M., y WATTEL, P.J., *European Tax Law*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn (Holanda), 2008, págs. 207-208.

⁷⁰ Directiva 92/78/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, por la que se modifican las Directivas 72/464/CEE y 79/32/CEE relativas a los impuestos distintos de los impuestos sobre el volumen de negocios que gravan el consumo de las labores del tabaco.

⁷¹ Directiva 92/83/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la armonización de las estructuras de los impuestos especiales sobre el alcohol y las bebidas alcohólicas.

⁷² Directiva 2003/96/CE del Consejo, de 27 de octubre de 2003, por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad. En la actualidad hay sobre la mesa una propuesta de Directiva para modificar la fiscalidad energética, aunque aparentemente su aprobación está bloqueada: *Propuesta de Directiva del Consejo que modifica la Directiva 2003/96/CE del Consejo por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad*, COM (2011) 169 final, de 13 de abril de 2011.

⁷³ Directiva 92/79/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aproximación de los impuestos sobre los cigarrillos y la Directiva 92/80/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aproximación de los impuestos sobre el tabaco elaborado, excluidos los cigarrillos. Directiva 92/84/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aproximación de los tipos impositivos del impuesto especial sobre el alcohol y las bebidas alcohólicas.

⁷⁴ No obstante, esta dualidad de Directivas (estructural y de acercamiento de tipos) está ahora limitada al tabaco y las bebidas alcohólicas, ya que la Directiva 2003/96/CE, ha cambiado el formato para los productos energéticos, unificando su contenido.

de compras transfronterizas: el tabaco, las bebidas alcohólicas y los hidrocarburos⁷⁵. Dejaremos por tanto a un lado, por motivos obvios (ya que no son bienes de fácil almacenamiento o transporte) los impuestos especiales sobre la electricidad o el gas natural⁷⁶.

Para entender la presencia del *cross-border shopping* en el ámbito de productos gravados con impuestos especiales y su incidencia real en el mercado único europeo debemos conocer antes el complejo esquema general de tributación de estos productos. Con este objetivo, realizaremos un breve análisis de la Directiva 2008/118/CEE, sus modificaciones y algunos antecedentes históricos⁷⁷.

Una vez especificados los productos que quedan sujetos a impuestos especiales⁷⁸, resulta crucial determinar el momento en que se producirá el devengo de los mismos, lo que determinará qué Estado aplicará su normativa y recaudará dichos impuestos. Al contrario que el IVA, el esquema de tributación de los impuestos especiales está basado desde su creación en el principio de

⁷⁵ En la legislación española, la *Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales*, emplea en su Título I el nombre de *impuestos especiales de fabricación* para diferenciar los impuestos especiales sobre el alcohol y las bebidas alcohólicas, sobre hidrocarburos, sobre las labores del tabaco y sobre la electricidad del impuesto especial sobre determinados medios de transporte y del impuesto especial sobre el carbón.

⁷⁶ Como ya se ocupó de señalar la Comisión en su Comunicación: *Completing the internal market* COM (85) 310 final, de 14 de junio de 1985, "Soon after the first steps were taken to harmonize turnover taxes, the Community turned its attention to excise duties. As a first step the Commission identified tobacco, alcoholic drinks and hydrocarbon oils as the products on which excises should be levied – a choice which coincides with the coverage adopted by most Member States", apartado 165, pág. 42.

⁷⁷ No obstante, dado que el cometido de este trabajo es profundizar en la presencia e intensidad del *cross-border shopping* no entraremos a fondo en un análisis de la estructura, mecánica y evolución de estos impuestos. Para ello les remitimos a: FORTE, E. P., CERIONI, F. y PALACCHINO, T., *Il diritto tributario europeo, Imposizione indiretta negli scambi internazionali, adempimenti frontaliari e accise*, Il Sole 24 ore, Milán, 2004, págs. 709 y ss.; BORIA, P., "Diritto Tributario Europeo", *op. cit.* págs. 321 y ss., TERRA, B.J.M., y WATTEL, P.J., "European Tax Law", *op. cit.*, págs. 207 y ss. Para una completa monografía sobre el particular, centrada en la transposición de las Directivas comunitarias al Derecho español: GONZÁLEZ-JARABA, M., *Los impuestos especiales de ámbito comunitario: (alcohol y bebidas alcohólicas, hidrocarburos y labores del tabaco)*, La Ley, Madrid, 2005.

⁷⁸ En el momento de dar el primer paso en pos de la armonización de los impuestos especiales a través de la Directiva 92/12/CEE se optó por limitarla a los productos más importantes que ya eran gravados en todos los Estados miembros. GONZÁLEZ-JARABA, M., "Los impuestos especiales de ámbito comunitario...", *op. cit.*, págs. 14-15. La Directiva 2008/118/CE delimita en el art. 1 los impuestos especiales de que se ocupa:

- a) productos energéticos y electricidad, regulados por la Directiva 2003/96/CE;
- b) alcohol y bebidas alcohólicas, regulados por las Directivas 92/83/CEE y 92/84/CEE;
- c) labores del tabaco, reguladas por las Directivas 95/59/CE, 92/79/CEE y 92/80/CEE.

tributación en destino⁷⁹. No obstante, existe también un campo de acción de la tributación en origen en el que centraremos nuestra atención.

Este esquema de tributación en destino tiene una clara justificación dadas las características especiales de estos productos, que gravan consumos dañinos con consecuencias colaterales para el Estado (alcohol, tabaco, hidrocarburos, etc.). Parece razonable que sea el Estado que va a asumir las consecuencias posteriores (financiación sanitaria, contaminación, etc.) el que recaude el impuesto y el que decida qué nivel de protección quiere establecer para sus ciudadanos⁸⁰.

3.2. El régimen general del devengo: tributación en destino

El hecho imponible de los impuestos especiales, tal y como se indica en el artículo 2 de la Directiva horizontal, es la fabricación (incluida, si procede, su extracción) en el territorio de la Comunidad o la importación al territorio de la Comunidad, de productos sujetos a impuestos especiales. Este hecho imponible tan genérico se completa con la especial configuración del devengo, elemento clave en este tipo de impuestos.

⁷⁹ ESCOBAR LASALA, J. J. “Las operaciones intracomunitarias sobre bienes objeto de impuestos especiales. Regulación en la normativa comunitaria”, en AAVV., *Las operaciones intracomunitarias en el impuesto sobre el valor añadido y en los impuestos especiales armonizados*, director: Javier Lasarte, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2004, pág. 82.

⁸⁰ Esta postura es respaldada por la STJUE de 5 de octubre de 2006, *Amalia Valeško*, asunto C-140/05, apartado 58, en la que asume los planteamientos realizados por el AG Poiares Maduro en sus conclusiones a este mismo caso (apartados 35 y 36). En concreto el AG reconoce que: “un Estado miembro está facultado para adoptar medidas que le permitan evitar que fracase su política fiscal de imposición sobre las labores del tabaco. Si los residentes de este Estado pudieran trasladarse fácilmente a países terceros que practican un nivel de imposición notablemente inferior sobre los cigarrillos (...) y comprar e importar estos productos a un precio mucho más bajo, la eficacia de esa política fiscal de disuasión del consumo de cigarrillos resultaría claramente afectada”.

3.2.1. La circulación intracomunitaria en régimen suspensivo. El devengo con el despacho a consumo

Con el afán de preservar el sistema de tributación en destino y teniendo en cuenta el carácter monofásico del impuesto, es decir, que no se traslada entre las diferentes fases como el IVA, el artículo 7 aclara que el devengo coincidirá en espacio y tiempo con el “despacho a consumo” del producto⁸¹. La razón de ser de gravar únicamente la entrada del bien en el circuito de comercialización era evitar que la elevada presión fiscal sobre estos productos dificultara la financiación de su producción o importación si se devengaran en estas primeras fases, preservando así a los intermediarios.

Para garantizar esta circulación libre de impuestos hasta su efectiva puesta en el mercado, la Directiva ha previsto la “circulación de productos sujetos a impuestos especiales en régimen suspensivo”, regulada en los artículos 17 y siguientes⁸². Conforme a este régimen, los productos sometidos

⁸¹ Se considerará “despacho a consumo” cualquiera de los siguientes supuesto (art. 7.2):

- a) la salida, incluso irregular, de productos sujetos a impuestos especiales de un régimen suspensivo;
- b) la tenencia de productos sujetos a impuestos especiales fuera de un régimen suspensivo cuando no se hayan percibido impuestos especiales con arreglo a las disposiciones aplicables del derecho comunitario y de la legislación nacional;
- c) la fabricación, incluso irregular, de productos sujetos a impuestos especiales fuera de un régimen suspensivo;
- d) la importación, incluso irregular, de productos sujetos a impuestos especiales, a no ser que dichos productos se incluyan en un régimen suspensivo inmediatamente después de su importación.

Estos apartados son una reproducción casi literal de los previstos en la redacción original del artículo 6.1 de la Directiva 92/12/CEE. Sin embargo, la letra b) que hace referencia a la mera tenencia de productos fue incorporada posteriormente para adaptar el articulado a la STJUE de 5 de abril de 2001, *G. van de Water*, asunto C-325/99. En este pronunciamiento el Tribunal interpretó extensivamente el entonces artículo 6.1 de la Directiva 92/12/CEE, al entender que la mera tenencia de bienes objeto de impuestos especiales (en este caso alcohol) fuera de un régimen suspensivo se equiparaba a cualquier salida del régimen y, por tanto, constituía también despacho a consumo si se constataba que dicho producto había abandonado un régimen suspensivo sin que se hubiesen pagado los impuestos especiales (apartados 35 y 36). La inclusión de la letra b) ha respondido, por tanto, a un sentido aclaratorio.

⁸² Artículo 17

“Los productos sujetos a impuestos especiales podrán circular en régimen suspensivo dentro del territorio de la Comunidad, aún cuando los productos circulen a través de un tercer país o territorio tercero:

- a) desde un depósito fiscal con destino a:
 - i) otro depósito fiscal,

a impuestos especiales pueden circular entre depósitos y destinatarios autorizados con los controles técnicos y de seguridad correspondientes sin ser gravados. Su salida de este circuito se califica como “despacho para consumo”, un hecho que, como hemos indicado anteriormente, determina el devengo de los impuestos especiales correspondientes del Estado en que se produzca.

De este modo, mientras que sea de aplicación el régimen suspensivo, los productos podrán atravesar las fronteras de los Estados miembros sin ser gravados, incluso a través de Estados terceros. Solo cuando el producto es recibido por un operador autorizado se produce el devengo del impuesto correspondiente en el Estado de recepción. Es decir, aunque la producción o la importación se hayan producido en un Estado miembro, el devengo del impuesto se pospone hasta su despacho para consumo en el Estado de destino.

Hay que recordar, no obstante, que los impuestos especiales no son plurifásicos como el IVA y que, por tanto, el sujeto pasivo del impuesto únicamente realizará a los posteriores intervinientes en la cadena de distribución una traslación económica del mismo, no jurídica. Como impuestos sobre el consumo, serán repercutidos en último término sobre los compradores que adquieren los productos para su consumo final. Sin embargo, al contrario que sucede con el IVA, no será identificable mediante un desglose específico del precio final.

Aunque la circulación en régimen suspensivo constituya la regla general y suponga la práctica totalidad de los intercambios comunitarios, la Directiva 2008/118/CE prevé dos situaciones excepcionales en las que regula la circulación comunitaria de bienes fuera del régimen suspensivo. En ambos casos, la aplicación del principio de tributación en destino se ve especialmente reforzada.

-
- ii) un destinatario registrado,
 - iii) todo lugar en el que tenga lugar la salida del territorio comunitario de los productos sujetos a impuestos especiales, según lo previsto en el artículo 25, apartado 1,
 - iv) uno de los destinatarios contemplados en el artículo 12, apartado 1, cuando los productos se expidan desde otro Estado miembro;
- b) desde el lugar de importación a cualquiera de los destinos mencionados en la letra a), si los citados productos han sido expedidos por un expedidor registrado.”

3.2.2. El sistema de envíos garantizados

El primero de estos regímenes es el conocido como sistema *de envíos garantizados*⁸³, en el que un receptor autorizado (operador comercial u organismo de Derecho público) puede recibir, con fines comerciales, bienes ya sujetos a impuestos especiales de otro Estado miembro y solicitar la devolución de los impuestos del Estado de origen de los productos. El objetivo del mismo es permitir la comercialización con destino a otros Estados miembros de bienes que ya hubieran entrado en el circuito de comercialización.

En la actual Directiva 2008/118/CE este sistema se recoge en los artículos 33 y 34⁸⁴. La circulación entre ambos Estados se vertebra a través de

⁸³ Esta es la nomenclatura empleada en el artículo 1.14 del *Real Decreto 1165/1995, de 7 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de los Impuestos Especiales*.

⁸⁴ Artículo 33.1

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 36, apartado 1, en caso de que productos sujetos a impuestos especiales ya despachados a consumo en un Estado miembro se mantengan con fines comerciales en otro Estado miembro para ser entregados o utilizados, dichos productos estarán sujetos a impuestos especiales que pasarán a ser exigibles en este último Estado miembro.

(...)

3. Está obligada al pago del impuesto, según los casos mencionados en el apartado 1, la persona que tenga los productos destinados a ser entregados o la persona que realice la entrega o efectúe la afectación.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 38, los productos sujetos a impuestos especiales ya despachados a consumo en un Estado miembro y que circulen en el interior de la Comunidad a fines comerciales, no se considerarán mantenidos con dichos fines hasta su llegada al Estado miembro de destino, siempre que circulen al amparo de los trámites previstos en el artículo 34.

(...)

Artículo 34.

1. En las situaciones mencionadas en el artículo 33, apartado 1, los productos sujetos a impuestos especiales circularán entre los territorios de los distintos Estados miembros al amparo de

un documento de acompañamiento que mencionará los principales elementos del documento contemplado en el artículo 21, apartado 1.

La Comisión establecerá, de conformidad con el procedimiento mencionado en el artículo 43, apartado 2, medidas que determinen la forma y el contenido del documento de acompañamiento.

2. La persona a que se refiere el artículo 33, apartado 3, deberá cumplir las siguientes obligaciones:

a) presentar, antes de la expedición de la mercancía, una declaración ante la autoridad fiscal del Estado miembro de destino y garantizar el pago de los impuestos especiales;

b) pagar el impuesto correspondiente al Estado miembro de destino de acuerdo con los procedimientos establecidos por dicho Estado miembro;

c) someterse a todo control que permita a las autoridades competentes del Estado miembro de destino asegurarse de la recepción efectiva de los productos y del pago de los impuestos especiales que los gravan.”

una previa autorización de la Administración tributaria del Estado de destino y debe realizarse al amparo de un documento de acompañamiento simplificado. El sujeto pasivo del impuesto es el receptor autorizado. Solo una vez que haya acreditado la recepción, el devengo y el pago de los impuestos especiales del Estado de destino, podrá solicitar en el Estado de origen la devolución de las cuotas correspondientes⁸⁵.

3.2.3. Las ventas a distancia

Un caso similar al caso anterior es el de las ventas a distancia, reguladas específicamente en el artículo 36 de la Directiva⁸⁶. La principal

(...)

⁸⁵ Una explicación más pormenorizada de este sistema de devolución, conforme a la anterior Directiva 92/12/CE, la encontramos en: RAMOS PRIETO, J., y GUERRA REGUERA, M., “La devolución de los impuestos especiales satisfechos en el estado de origen como consecuencia de la circulación intracomunitaria de bienes”, en AA.VV., *Las operaciones intracomunitarias en el impuesto sobre el valor añadido y en los impuestos especiales armonizados*, director: Javier Lasarte, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2004, págs. 342-347.

⁸⁶ Artículo 36

“1. Los productos sujetos a impuestos especiales ya despachados a consumo en un Estado miembro, que sean adquiridos por una persona que no sea un depositario autorizado o un destinatario registrado establecido en otro Estado miembro que no ejerza actividades económicas independientes y que sean expedidos o transportados directa o indirectamente por el vendedor o por cuenta de este, estarán sujetos a impuestos especiales en el Estado miembro de destino. A efectos del presente artículo, se entenderá por «Estado miembro de destino» el Estado miembro de llegada del envío o del transporte.

2. En el supuesto a que se refiere el apartado 1, los impuestos especiales serán exigibles en el Estado miembro de destino en el momento de la entrega de los productos. Las condiciones de devengo y el tipo impositivo aplicable serán los vigentes en la fecha del devengo. El impuesto especial se pagará según el procedimiento decidido por el Estado miembro de destino.

3. El deudor del impuesto especial aplicable en el Estado miembro de destino será el vendedor. No obstante, el Estado miembro de destino podrá disponer que el deudor es un representante fiscal, establecido en el Estado miembro de destino y aprobado por las autoridades competentes de dicho Estado miembro, o, en el caso de que el vendedor no haya respetado lo dispuesto en el artículo 4, letra a), el destinatario de los productos sujetos a impuestos especiales.

4. El vendedor o el representante fiscal deberá cumplir con las siguientes obligaciones:

a) registrar su identidad y depositar, antes de la expedición de los productos sujetos a impuestos especiales, una garantía que cubra el pago de los impuestos especiales en la oficina competente específicamente designada y en las condiciones establecidas por el Estado miembro de destino;

b) pagar los impuestos especiales en la oficina mencionada en la letra a) tras la llegada de los productos sujetos a impuestos especiales;

c) llevar una contabilidad de las entregas de los productos.

En las condiciones que ellos mismos establezcan, los Estados miembros podrán simplificar estas obligaciones sobre la base de acuerdos bilaterales.

diferencia es que en este supuesto los productos ya gravados en otro Estado miembro deben ser adquiridos “por una persona que no sea un depositario autorizado o un destinatario registrado establecido en otro Estado miembro que no ejerza actividades económicas independientes”. Es decir, por un particular o por un empresario ajeno a las operaciones de productos sujetos a impuestos especiales.

Para la aplicación de este régimen es necesario que los productos sean transportados directa o indirectamente por el vendedor o por cuenta de éste. La recepción del producto generará un nuevo devengo en el Estado de destino del transporte, aunque el sujeto pasivo no será el adquirente, sino el propio vendedor o el representante fiscal que hubiera designado para facilitar sus operaciones en otros Estados miembros. Una vez acreditado el pago de los impuestos especiales, el sujeto pasivo podrá solicitar la devolución de los impuestos ya pagados en el Estado de origen⁸⁷.

Llama la atención la diferencia entre este supuesto y las ventas a distancia a particulares de productos no sujetos a impuestos especiales, que estudiamos en el apartado 2.1, en las que puede regir el principio de tributación en origen. Como podremos constatar, las grandes diferencias en la tributación (y el precio final) de productos como el tabaco o el alcohol y su especial régimen administrativo de contro, justifican esta diferencia de criterio. De aplicarse la tributación en origen, el comercio a distancia de estos productos no solo sería un claro nicho de competencia fiscal, sino también un potencial foco de problemas sociales y sanitarios⁸⁸.

5. En el supuesto contemplado en el apartado 1, los impuestos especiales aplicados en el primer Estado miembro serán devueltos o condonados, a petición del vendedor, siempre que este último o su representante fiscal haya seguido el procedimiento establecido en el apartado 4.”

(...)

⁸⁷ Para un mayor detalle nos remitimos de nuevo a: RAMOS PRIETO, J., y GUERRA REGUERA, M., “La devolución de los impuestos especiales satisfechos en el estado de origen como consecuencia de la circulación intracomunitaria de bienes”, *op. cit.*, págs. 347-350.

⁸⁸ Este problema ha tenido especial relevancia en Estados Unidos, donde las Reservas indias podían fabricar y vender tabaco sin abonar los impuestos de cada Estado, hecho que les permitía tener los precios más competitivos. En la última década se extendió la práctica de vender este tabaco a través de Internet y los tribunales norteamericanos tuvieron que entrar en acción para vetarla. Aún así, es frecuente esta forma de contrabando denominada por GIL SORIANO “elusión cuasilegal” Véase: GIL SORIANO, A., “Fiscalidad de tabaco y contrabando”, *op. cit.*, pág. 59. Para más información sobre esta situación véanse: HODGE, F. S. y otros,

3.2.4. La tenencia en otro Estado miembro

El principio de tributación en destino de los productos sujetos a impuestos especiales tiene su razón de ser en el carácter territorial del devengo. Este principio de territorialidad se expande hasta el punto que la mera tenencia de productos en un Estado fuera del régimen suspensivo (que debiendo haber sido gravados no lo hayan sido o lo hayan sido por impuestos especiales de otro Estado miembro) se considera equivalente a un nuevo despacho a consumo y determina, por tanto, el devengo del impuesto⁸⁹.

En resumen, esta previsión del devengo en caso de mera tenencia puede darse en dos situaciones:

- Cuando un producto se encuentra fuera de un régimen suspensivo y no ha sido gravado con ningún impuesto especial.
- Cuando un producto se encuentra en un territorio diferente a aquel en que se devengó en un primer momento el impuesto especial.

En el primer caso, podemos suponer que dicho producto ha sido producido o importado de modo clandestino. No obstante, aparte de las correspondientes consideraciones sancionadoras o penales en las que no entraremos, la previsión de determinar el devengo en este caso viene a suplir la ausencia de un devengo previo, ya que si el producto se encuentra fuera de un régimen suspensivo el despacho a consumo ya se debe haber producido. Este sistema no haría por tanto sino reparar una irregularidad del sistema de

“American Indian Internet Cigarette Sales: Another Avenue for Selling Tobacco Products”, *American Journal of Public Health*, Vol. 94, núm. 2, 2004, págs. 260-261; “Tobacco Companies Broke Law by Selling Untaxed Cigarettes, Judge Rules”, *New York Times*, 22 de agosto 2012.

⁸⁹ Este supuesto se recoge actualmente en el artículo 7.2 b) de la Directiva 2008/118/CE:

“2. A efectos de la presente Directiva se considerará «despacho a consumo» cualquiera de los siguientes supuestos:

b) la tenencia de productos sujetos a impuestos especiales fuera de un régimen suspensivo cuando no se hayan percibido impuestos especiales con arreglo a las disposiciones aplicables del derecho comunitario y de la legislación nacional.

A este respecto, véase el apartado 3.2.1 de este mismo capítulo para un mayor detalle acerca de la modificación introducida con motivo de la STJUE C-325/99, asunto *G. van de Water*.

circulación de estos productos, garantizando de paso la tributación en destino de los mismos⁹⁰.

La segunda situación es más compleja, ya que implica que un sujeto, fuera de los regímenes previstos en la Directiva, ha trasladado a un Estado miembro productos cuyo despacho a consumo se ha producido en otro Estado miembro al margen de los procedimientos especiales diseñados a tal fin: los envíos garantizados y las ventas a distancia.

La Directiva obliga en principio a un nuevo devengo del impuesto en defensa del principio de tributación en destino de los impuestos especiales⁹¹. De aplicarse de manera estricta este principio, dentro del marco de la legalidad, nunca habría lugar para la existencia de competencia fiscal en el ámbito de los impuestos especiales. Sin embargo, existe una importante excepción, recogida actualmente en el art. 32.1 de la Directiva 2008/112/CE:

“Los impuestos especiales que gravan productos adquiridos por un particular para uso propio y transportados por ellos mismos de un Estado miembro a otro se aplicarán exclusivamente en el Estado miembro en que se hayan adquirido dichos productos.”

De este modo, las adquisiciones realizadas por particulares, al igual que sucede con carácter general en el IVA, tributan en el Estado de origen. Es decir, si un particular adquiere en otro Estado miembro productos sujetos a impuestos especiales no se producirá, en principio, un nuevo devengo a entrar en otro territorio siempre que los transporte él mismo para su uso propio. La tenencia fuera del régimen suspensivo, por tanto, únicamente determina un nuevo devengo si no es de aplicación el régimen especial de las adquisiciones

⁹⁰ Tal y como confirma la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de marzo de 2008 (JT 2008 586), el propio transportista es responsable directo del pago de los impuestos especiales si no acredita que tales impuestos han sido satisfechos en España.

⁹¹ Si no resultaría económicamente muy atractivo para un distribuidor adquirir los productos allí donde los impuestos especiales fueran menores y trasladarlos a otro Estado miembro con impuestos más elevados (que él no ha pagado) para ponerlos a disposición de los consumidores, modo en el que podría ofrecer un precio más competitivo que el distribuidor que ha abonado impuestos especiales en este segundo Estado.

realizadas por particulares. El artículo 33.1 de la Directiva aclara este extremo al limitar la exigencia de un nuevo devengo a los supuestos en que la tenencia se realice con *finés comerciales*⁹².

Las compras realizadas por particulares constituyen, por tanto, la única excepción al principio de territorialidad y son el único supuesto en que el factor fiscal podrá incentivar la existencia de *cross-border shopping*. Veamos con más detenimiento cómo se articula la excepción que delimitará el alcance de nuestro estudio.

3.3. Las compras realizadas por particulares: tributación en origen

3.3.1. El artículo 32.1 de la Directiva *horizontal*

Para que exista un verdadero arbitraje fiscal en el ámbito las compras transfronterizas es necesario que sea de aplicación el sistema de tributación en origen, solo de este modo los ciudadanos podrán beneficiarse de la adquisición de determinados productos en otra jurisdicción con menor presión fiscal indirecta (siempre que se traduzca, obviamente, en un menor precio). En el caso de los impuestos especiales, solo se prevé la tributación en origen en el citado artículo 32 de la Directiva 2008/112/CEE, que admite este esquema de tributación (en la práctica, lo que hace es impedir la existencia de un nuevo devengo en el Estado de destino) cuando los productos sujetos a impuestos especiales sean adquiridos por un particular para uso propio y transportados por ellos mismos de un Estado miembro a otro.

⁹² La tenencia con fines comerciales, como profundizaremos posteriormente, es toda aquella que no cumpla los requisitos del régimen de las adquisiciones por particulares. El propio artículo 33.1, segundo párrafo, aclara este extremo: “se entenderá por «tenencia con fines comerciales» la tenencia de productos sujetos a impuestos especiales por una persona que no sea un particular o por un particular que no los tenga para uso propio y los transporte, de conformidad con el artículo 32”.

En el artículo 32.1 encontramos, por tanto, cuatro condiciones para que resulte de aplicación esta tributación en origen:

- a) que la adquisición se realice por un particular;
- b) que los bienes sean para uso propio;
- c) que sean transportados por ellos mismos;
- d) que el transporte sea entre dos Estados miembros.

Mientras que la letra d) resulta bastante obvia, las demás condiciones requieren de alguna explicación adicional. A continuación, vamos a examinar la interpretación que realiza el Tribunal de Justicia de estas tres exigencias en sendos pronunciamientos⁹³. De todos modos, reservamos un apartado completo para profundizar en el contenido y alcance del fundamental parámetro del uso propio, verdadero factor delimitador de las posibilidades de compras transfronterizas por los particulares en la UE.

3.3.2. Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 1998, *EMU Tabac*, asunto C-296/95

Como hemos indicado, el artículo 32 exige para la aplicación del régimen de tributación en origen que los productos sean adquiridos por un particular y que sean transportados por ellos mismos. A simple vista, esta definición parece excluir la posibilidad de que el régimen siga siendo de aplicación cuando el particular adquiera los productos a través de un agente que actúe como mandatario y que se encargue a su vez del transporte de los mismos.

⁹³ STJUE de 2 de abril de 1998, *EMU Tabac*, asunto C-296/95 y STJUE de 23 de noviembre de 2006, *Joustra*, asunto C-5/05. Tomando palabras del Tribunal de Justicia en este último pronunciamiento, con referencia a la Directiva 92/12/CE, entonces en vigor: “La aplicación del artículo 8 de la Directiva exige que se cumplan algunos requisitos. Así, los productos sujetos a impuestos especiales deben haber sido adquiridos por «particulares», haberlo sido para «satisfacer sus propias necesidades» y deben haber sido transportado por «ellos». Estos requisitos deben permitir determinar el carácter estrictamente personal de la tenencia de los productos sujetos a impuestos especiales adquiridos en un Estado miembro y posteriormente transportados a otro Estado miembro. Asunto *Joustra*, apartado 33.

Nos aclara este extremo la STJUE de 2 de abril de 1998, *EMU Tabac*, asunto C-296/95, en que se deniega la tributación en origen y se exige el gravamen en el Reino Unido a un sistema de venta de tabaco a distancia estructurado desde Luxemburgo. La mecánica del sistema era que los particulares británicos adquirirían los productos a EMU Tabac, empresa luxemburguesa, a través de un mandato a otra empresa luxemburguesa que servía de agente intermediario (The Man in Black). Esta segunda empresa se encargaba también de organizar el transporte de los cigarrillos por cuenta de los particulares.

En principio, conforme a este esquema, EMU Tabac defendía la tributación en origen (Luxemburgo) porque los particulares británicos adquirirían los productos para uso propio, por ellos mismos (a través de un mandatario) y el transporte corría por su cuenta (lo pagaban ellos). La Administración británica, en cambio, consideraba que este esquema no cumplía con los requisitos de las adquisiciones por particulares y exigía la tributación en destino (Reino Unido).

La cuestión fundamental de este asunto es si la intervención como agente y la organización del transporte desde Luxemburgo por el *hombre de negro* permiten considerar igualmente que las adquisiciones son realizadas por los particulares; en definitiva, si entran dentro de la expresión “transportadas por ellos”. En este caso, el Tribunal resuelve la cuestión recurriendo a una interpretación literal comparada, dejando claro que la expresión inglesa “*transported by them*” presente en el entonces artículo 8 de la Directiva 92/12/CEE, en ningún momento tiene la intención de legitimar la intervención de un agente en el esquema de la adquisición por los particulares⁹⁴. De este

⁹⁴ En la versión primigenia del artículo 8 de la Directiva 92/12/CEE únicamente se exigía que los productos adquiridos por los particulares fueran “transportados por ellos”, término similar al empleado en la mayoría de las versiones lingüísticas de la Directiva, entre ellas la inglesa (*transported by them*), sobre la que versa el conflicto del asunto EMU Tabac. Resulta contradictorio, en cambio, que las versiones danesa o griega de este mismo artículo sí especificaran la necesidad de que el transporte se realizara por el adquirente personalmente, sin posibilidad de recurrir a un mandatario. El Tribunal de Justicia resolvió este aparente conflicto dejando claro que las disposiciones no deben interpretarse aisladamente. El hecho de que en dos versiones se excluyera específicamente la intervención de un mandatario y en las demás resultara ambiguo, denota claramente la intención por parte del legislador comunitario de excluir esta posibilidad. Si se hubiese querido permitir su intervención se habría hecho de modo expreso. Asunto *EMU Tabac*, apartados 36 y 40.

modo, el Tribunal reafirma el hecho de que los productos deben ser adquiridos directamente por los particulares y transportados, estrictamente, por ellos mismos.

Tras denegar la aplicación del artículo 8, el Tribunal encuentra en el esquema de las ventas a distancia el fundamento para exigir la tributación en destino del tabaco vendido desde Luxemburgo. En el supuesto, se aprecia una clara identidad entre el agente y la entidad vendedora de los productos, por lo que el transporte puede considerarse realizado “directa o indirectamente por el vendedor o por su cuenta”, por lo que resulta de aplicación el régimen de tributación en destino como si se tratara de una venta a distancia. (del entonces artículo 10, actual artículo 36)⁹⁵.

Como ha destacado ESCOBAR LASALA, el Tribunal supo esquivar una interpretación que podría haber dinamitado el esquema de tributación en destino de las operaciones de carácter comercial, salvando así la coherencia interna del sistema de impuestos especiales⁹⁶.

3.3.3. Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 2006, *Joustra*, asunto C-5/05

En este pronunciamiento del Tribunal se volvieron a examinar cuestiones similares al asunto EMU Tabac al hilo del caso de un “Círculo de amigos del vino” holandés que adquirirían, a través del Sr. Joustra, vino francés que éste encargaba transportar desde Francia a su domicilio y posteriormente distribuía entre los demás socios sin ánimo de lucro. Este vino ya había sido despachado

⁹⁵ No solo el agente, The Man in Black, era filial de la misma sociedad que EMU Tabac, sino que además se constató que no actuaba plenamente a instancia de los particulares que representaba, lo que se reflejaba en el hecho de que era The Man in Black y no los propios compradores quien soportaba los riesgos inherentes a la evolución de los tipos de cambio. Asunto *EMU Tabac*, apartados 47 y 48.

⁹⁶ ESCOBAR LASALA, J. J. “Las operaciones intracomunitarias sobre bienes objeto de impuestos especiales. Regulación en la normativa comunitaria”, *op. cit.*, págs. 98-100. Como advierte el autor, si se hubiera admitido esta interpretación tan amplia: “todos los particulares de países de alta fiscalidad constituirían asociaciones de consumidores de productos gravados que se harían servir, mediante agentes o mandatarios que prestan sus servicios a título oneroso, los productos desde el Estado miembro en el que la fiscalidad fuera más reducida”.

a consumo en Francia por lo que ya se habían pagado los impuestos especiales correspondientes (mucho más bajos que en Holanda).

La Administración holandesa, sin embargo, consideró que los impuestos especiales debían abonarse en Holanda al entender que tanto el volumen solicitado, como el método de transporte (a través de un transportista) excluían la aplicación del régimen de compras por particulares del, por entonces, artículo 8 de la Directiva 92/12/CE. La no aplicación de este régimen implicaba, por tanto, el devengo en el Estado de origen. Tras diversos recursos, el Tribunal de apelación holandés planteó al Tribunal de Luxemburgo si se producía o no un nuevo devengo de impuestos especiales en Holanda.

En su sentencia, el Tribunal recuerda en primer término que para aplicar el régimen de tributación en origen a los productos sujetos a impuestos especiales se deben cumplir todas las condiciones señaladas anteriormente: “deben haber sido adquiridos por «particulares», haberlo sido para «satisfacer sus propias necesidades» y deben haber sido transportado por «ellos»”⁹⁷.

Teniendo presentes estas condiciones y conforme a las circunstancias de este caso en concreto, el Tribunal consideró que no resultaba de aplicación el artículo 8 de la Directiva 92/12/CE (actual artículo 32) por dos motivos. En primer lugar, porque el Sr. Joustra no compraba únicamente para satisfacer sus propias necesidades personales, sino también las de otras personas; por tanto, “únicamente puede estar comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 8 de la Directiva la primera parte de tales adquisiciones”⁹⁸.

Además, tal y como ya indicó en el asunto *EMU Tabac* examinado anteriormente⁹⁹ y en contra de la opinión de la Comisión¹⁰⁰, el Tribunal

⁹⁷ Asunto *Joustra*, apartado 33.

⁹⁸ Asunto *Joustra*, apartado 36. No obstante, como hace ver el AG Jacobs, en el caso Joustra en concreto ninguna parte del vino entra dentro del campo de aplicación del artículo al no ser transportado por él personalmente. Conclusiones del Abogado General Jacobs, 1 de diciembre de 2005, asunto Joustra, apartado 88.

⁹⁹ Asunto *EMU Tabac*, apartados 37 y 40.

¹⁰⁰ En esta cuestión, la Comisión defendía que no es necesario acompañar personalmente los productos sujetos a impuestos especiales para que sea de aplicación el régimen de tributación en origen siempre que se demuestre el carácter estrictamente personal de la tenencia de productos. De este modo, en opinión de la Comisión, “cuando un particular toma la iniciativa de confiar a un tercero el transporte de productos sujetos a impuestos especiales y organiza ese transporte como si lo realizara él mismo, a semejanza del Sr. Joustra en el asunto principal,

considera que la Directiva excluye la posibilidad de que intervenga un agente en el transporte. La importancia de esta interpretación restrictiva adquiere mayor relevancia en un caso como el de la sentencia, en que se demuestra que la intervención de la agencia de transporte es necesaria para poder adquirir cantidades que exceden, significativamente, de las necesidades propias del particular¹⁰¹.

En definitiva, si se permitiera al particular adquirir productos en otro Estado miembro y transportarlos por medio de alguna agencia de transporte existiría un mayor riesgo de fraude y se echaría por tierra el sistema de ventas a distancia previsto en el entonces artículo 10 (actual artículo 36)¹⁰². Por tanto, la expresión “transportado por ellos”¹⁰³ excluye el traslado de los productos a otro Estado miembro por una empresa de transportes, aunque actúe por cuenta del particular.

Al no resultar de aplicación el artículo 8, el Tribunal, a través de una interpretación bastante forzada de los fines comerciales, consideró de aplicación el artículo 7.2 que impone un nuevo devengo del impuesto en el Estado de destino¹⁰⁴. Esta interpretación le llevó a considerar que el particular

sigue siendo igualmente posible comprobar el carácter estrictamente personal de la tenencia de los productos” (apartado 38).

¹⁰¹ Asunto *Joustra*, apartado 43.

¹⁰² En las ventas a distancia de productos sujetos a impuestos especiales las adquisiciones efectuadas por particulares son enviadas o transportadas directa o indirectamente por el vendedor y se aplica el régimen de tributación en destino. Si se permitiera alterar el lugar del devengo por el del Estado de origen únicamente por el hecho de que el particular se hiciera cargo del transporte se abriría una vía de claro riesgo de arbitraje fiscal. Nos remitimos en este punto a los comentarios realizados respecto al régimen de las reservas indias norteamericanas en la última nota al pie del apartado 3.2.3 de este mismo capítulo.

¹⁰³ Recordemos que en la actual versión en castellano del artículo 32 de la Directiva 2008/118/CE se ha cambiado por “transportados por ellos mismos” para una mayor claridad.

¹⁰⁴ Los argumentos expuestos por el Tribunal son bastante pobres, por ello no entendemos la razón por la cual no adoptó las posiciones planteadas por el Abogado General Jacobs en sus conclusiones, en las que llega al mismo resultado pero desligando la existencia de fines comerciales del ánimo de lucro y vinculándolo con la posible incidencia sobre la competencia: “una actividad no deja necesariamente de ser económica simplemente porque no exista ánimo de lucro. El servicio que alguien como el Sr. Joustra presta sin ánimo de lucro a otros particulares compite directamente con los servicios de operadores que tratan de obtener beneficios y que están, por tanto, sujetos a las exigencias del artículo 7 de la Directiva, de modo que el impuesto especial correspondiente a los productos que ofrecen se devenga en el Estado miembro de destino. No parece compatible con el régimen de los artículos 6 a 10 de la Directiva permitir que particulares suministren vino a terceros de tal modo que se eludan tales exigencias, con independencia de que éstos persigan o no la obtención de un beneficio. Por tanto, concluyo que, en principio, debe considerarse que un particular en la situación del Sr.

que adquiere, sin ánimo de lucro, productos sujetos a impuestos especiales entra dentro del concepto de “operador que lleva a cabo de forma independiente una actividad económica”, única y exclusivamente porque el transporte lo realiza un operador profesional que actúa por su cuenta¹⁰⁵. De este modo, a salvo de la pertinente devolución de los impuestos especiales pagados en Francia, el Tribunal sentencia que sí deben abonarse los correspondientes impuestos especiales holandeses por el vino.

Este movimiento del Tribunal responde claramente a la intención de la Directiva de considerar la tenencia con fines comerciales como el concepto contrario a la tenencia con fines personales¹⁰⁶. Esta dicotomía permite que, aunque aparentemente el artículo 7 no podía ser de aplicación porque no existía finalidad comercial en sentido genérico, el Tribunal interprete el concepto de finalidad comercial más como un sistema de cierre que como una categoría autónoma. Finalidad comercial y uso propio son el *haz y el envés* de una misma realidad. El artículo 7 actúa así como red de seguridad del artículo 8: si no resulta de aplicación el régimen especial de compras por particulares se aplicará un nuevo devengo. La finalidad comercial se define, por tanto, en contraposición al actual artículo 32 (entonces artículo 8); un concepto amplio que puede abarcar situaciones como la observada en esta sentencia en la que, realmente, no existía ánimo de lucro.

De hecho, la Directiva 2008/118/CE ha recogido esta interpretación jurisprudencial y ha introducido algunas modificaciones en el artículo 33.1 (anterior artículo 7.1). En concreto, ha insertado un segundo párrafo en que aclara esta concepción amplia de los “fines comerciales”¹⁰⁷:

Joustra posee los productos con fines comerciales en el sentido del artículo 7, con independencia de que persiga o no la obtención de un beneficio.” Conclusiones del Abogado General Jacobs, 1 de diciembre de 2005, asunto Joustra, apartados 84-85.

¹⁰⁵ Asunto *Joustra*, apartado 33.

¹⁰⁶ Como hace ver el propio Tribunal en el asunto *EMU Tabac*, apartado 29, del séptimo considerando de la Directiva se desprende que debe considerarse que los productos que no son poseídos con fines personales lo son con fines comerciales.

¹⁰⁷ En la versión en castellano ha introducido también en el primer párrafo un pequeño cambio semántico que mejora el sentido del artículo. En su anterior versión decía lo siguiente:

Artículo 7.1

“En caso de que productos objeto de impuestos especiales, que ya hayan sido puestos a consumo en un Estado miembro, sean detentados con fines comerciales en otro Estado

“A efectos del presente artículo se entenderá por «tenencia con fines comerciales» la tenencia de productos sujetos a impuestos especiales por una persona que no sea un particular o por un particular que no los tenga para uso propio y los transporte, de conformidad con el artículo 32”.¹⁰⁸

3.3.4. La importancia de los pronunciamientos del TJUE

La importancia de estos pronunciamientos para el equilibrio del sistema de compras transfronterizas es fundamental, al evitar una desnaturalización del concepto de compra transfronteriza por los particulares que pudiera poner en riesgo el equilibrio del mercado. A modo de conclusión, destacamos tres aspectos de esta jurisprudencia:

- **Equipara el régimen de las ventas a distancia con el de las compras a distancia**

Tal y como reconoce el AG Jacobs, en el asunto *Joustra* se produce una compra a distancia porque el particular dispone el transporte por su cuenta, en cambio, en el asunto *EMU Tabac* lo que existía era una venta a distancia¹⁰⁹. El gran acierto del Tribunal en estos pronunciamientos ha sido, en nuestra opinión, extender a las compras a distancia de productos sujetos a impuestos especiales el régimen previsto para las ventas: la tributación en destino. Esta

miembro distinto, el impuesto especial se percibirá en el Estado miembro en que se encuentren dichos productos.”

En la nueva versión, aparte de otros cambios, se sustituye la expresión “detentados con fines comerciales” por “se mantengan con fines comerciales”. Este cambio nos parece acertado ya que, conforme a nuestro Diccionario de la Real Academia, el verbo *detentar* tiene como significado “retener lo que manifiestamente no le pertenece”. Véase: *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, versión online. Aunque pudiera exigirse un nuevo devengo del impuesto especial, no se debe cuestionar el carácter legítimo o ilegítimo de la que se denomina en la nueva Directiva “tenencia con fines comerciales”.

¹⁰⁸ Un artículo 32 que, recordemos, recoge la tributación en origen de los productos adquiridos por un particular para uso propio y transportados por ellos mismos.

¹⁰⁹ Conclusiones del Abogado General Jacobs, 1 de diciembre de 2005, asunto *Joustra*, apartado 46.

equiparación evita que la determinación de los impuestos especiales que se aplican en cada caso (régimen de tributación en destino o en origen) dependa únicamente de por cuenta de quién se ha realizado el transporte; especialmente cuando en el caso de las ventas a distancia el precio del transporte, obviamente, ya se imputa en el precio¹¹⁰.

- **Limita el incentivo para que los Estados atraigan compras por Internet**

De haber permitido que el actual artículo 32 comprendiera las compras a distancia realizadas por particulares, se hubiera creado un gran incentivo para que un Estado con bajos tipos, como ha sucedido con Luxemburgo en el IVA respecto a la prestación de servicios a distancia, hubiera atraído un gran volumen de ventas de productos sujetos a impuestos especiales. Como hacen ver RÖSLER y GYENEY, la jurisprudencia del Tribunal es un éxito, ya que pone coto a una posible tendencia a una *race to the bottom* en los impuestos especiales. Una dinámica de caída de los impuestos especiales que hubiera podido poner en peligro las balanzas y políticas de los Estados con impuestos especiales más elevados¹¹¹.

- **Sitúa la tenencia con fines comerciales como contraposición a la tenencia con fines particulares**

La actual Directiva 2008/118/CE, siguiendo la estela marcada por esta jurisprudencia, ofrece una mejor redacción y ubicación sistemática que facilita

¹¹⁰ Nuestra posición de exigir que el transporte sea realizado por el particular en sentido estricto es contraria a la defendida por la Comisión. En concreto, el órgano comunitario se muestra partidario de aplicar a los impuestos especiales el principio del mercado interior aplicable en el IVA conforme al cual las compras a distancia realizadas por particulares (si las mercancías son expedidas o transportadas directamente por el comprador o por su cuenta) quedan sujetas a tributación en el Estado de origen. No obstante, su propuesta queda algo deslegitimada cuando admite que las labores del tabaco quedarían excluidas de este régimen para no interferir con los objetivos de política sanitaria de los diferentes Estados miembros. Evidentemente, la primera cuestión que nos suscita esta pretendida excepción es si las bebidas alcohólicas no merecen un tratamiento equivalente. *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo relativo a la aplicación de los artículos 7 a 10 de la directiva 92/12/CEE*, de 2 de abril de 2004, COM (2004) 227 final, págs. 23-24.

¹¹¹ RÖSLER, H. y GYENEY, L. "Court of Justice: Case C-5/05, Staatssecretaris van Financiën v. B.F. Joustra, Judgment of the Court of Justice (Third Chamber) of 23 November 2006, [2006] ECR I-1075", *Common market law review*, Vol. 44, núm. 5, 2007, pág. 1512.

la comprensión de la relación antagónica entre el artículo 32 (adquisición por los particulares) y el artículo 33 (tenencia en otro Estado miembro)¹¹². De este modo, se entiende por tenencia con fines comerciales todo aquel supuesto de tenencia por un particular de bienes sujetos a impuestos especiales que no pueda demostrar que se han cumplido los requisitos del artículo 32. En estos supuestos, se producirá un nuevo devengo de impuestos especiales en el Estado miembro de destino y, en su caso, se podrá solicitar la devolución de los impuestos especiales pagados en el Estado de origen.

3.4. La adquisición por particulares. Especial mención al contenido e interpretación de la expresión “para uso propio”

La jurisprudencia del Tribunal ha contribuido a delimitar con precisión el campo de aplicación de la tributación en origen: los productos sujetos a impuestos especiales tienen que ser adquiridos por los propios particulares y, a su vez, ser transportados por ellos mismos. Además, ya hemos visto que la adquisición debe realizarse para uso personal y no con destino a terceros. Sin embargo, para tener una visión integral del alcance de las compras transfronterizas en el ámbito de los impuestos especiales en la Unión Europea, resulta de vital importancia profundizar en el contenido e interpretación de la expresión “para uso propio”, recogida en el actual artículo 32.

En principio, la propuesta que posteriormente se convertiría en la Directiva 92/12/CEE no incluía ninguna mención a los movimientos realizados por particulares, ya que se centraba en la circulación comercial de los productos. Sin embargo, ante la cercana apertura de las fronteras fiscales y la

¹¹² La Comisión ya apuntó en este sentido en su *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo relativo a la aplicación de los artículos 7 a 10 de la directiva 92/12/CEE*, COM (2004) 227 final, de 2 de abril de 2004, en el que se incluía una Propuesta de Directiva de modificación de estos artículos. En concreto, proponía la inclusión de un segundo párrafo en el artículo 7.1 algo más corto que el actualmente vigente en el equivalente artículo 33 pero con un sentido similar (pág. 47): “Se considerarán fines comerciales todos los que no sean necesidades propias de un particular”.

falta de armonización de tipos, los Estados concretaron una serie de límites orientativos para excluir del sistema de tributación en origen las adquisiciones realizadas por particulares que no se adaptaran a un patrón lógico¹¹³.

Conforme a la teoría económica expuesta en el primer capítulo¹¹⁴, el establecimiento de límites a las compras transfronterizas tanto en forma de impuesto mínimo, como de obstáculos al volumen de compras, persigue mantener los niveles de recaudación de cada Estado y evitar una caída generalizada de tipos¹¹⁵. Limitar el volumen de adquisiciones reduce los beneficios potenciales derivados de las compras en otra jurisdicción, obligando a que estas se produzcan con mayor frecuencia y reduciendo la sensibilidad de las mismas a cambios en el precio¹¹⁶. También, resulta obvio que la existencia de potenciales controles, aunque sean laxos y poco frecuentes, contribuye a sostener la existencia de diferentes niveles de tributación entre jurisdicciones vecinas¹¹⁷.

Aún así, la eliminación de las aduanas interiores limita enormemente las posibilidades de control de las compras transfronterizas terrestres o marítimas, sobre todo por el empleo de vehículos de motor que aumentan la capacidad de transporte. Los desplazamientos aéreos por el contrario, dadas las limitaciones de equipaje y el elevado precio del mismo, apenas suponen un riesgo real¹¹⁸.

¹¹³ Obviamente, la razón que ha podido conducir al establecimiento de este límite, no previsto con carácter específico para los productos que únicamente están gravados con IVA, era el miedo a que la decisión de adquisición de estos productos estuviera altamente condicionada por factores fiscales (dado el peso capital de los impuestos especiales en este tipo de productos), distorsionándose el principio de libre competencia. Es decir, el *cross-border shopping* de estos artículos, a pesar de poder entrar dentro de la lógica de la libre circulación de bienes y personas dentro de la Unión, se observaba con reticencia por algunos Estados miembros, especialmente por aquellos que se encontraban expuestos con mayor intensidad a la competencia de Estados vecinos con menores impuestos especiales.

¹¹⁴ Véase: apartado 4.6.2, capítulo primero.

¹¹⁵ KANBURI, R. y KEEN, M. "Jeux Sans Frontières: Tax Competition and Tax Coordination When Countries Differ in Size", *op. cit.*, pág. 890.

¹¹⁶ SCHARF, K. A., "Scale Economies in Cross-Border Shopping and Commodity Taxation", *International Tax and Public Finance*, Vol. 6, 1999, pág. 97.

¹¹⁷ NIELSEN, S. B., "A Simple Model of Commodity Taxation and Cross-border Shopping", *Scandinavian Journal of Economics*, Vol. 103, núm. 4, 2001, pág. 621.

¹¹⁸ No obstante, el tabaco por su escaso peso y volumen en relación al precio, llega a escapar de estas limitaciones de transporte. Véase: "La venta de tabaco cae un 40% por la reducción de vuelos británicos", *Diaridetarragona.com*, 8 de octubre de 2012.

El desarrollo y la intensidad del *cross-border shopping* dependerán, por tanto, del contenido de que dotemos a la expresión “para uso propio”, dado que las posibilidades de aprovecharse de las diferencias de tipo entre los Estados miembros (tributación en origen) quedará reducida a aquellas compras que se admitan realizadas en el marco del artículo 32.

3.4.1. La naturaleza de la expresión “para uso propio”

La naturaleza de la expresión “para uso propio” es la de un límite a una excepción.

De nuestra exposición anterior podemos obtener la conclusión de que en los productos sometidos a impuestos especiales rige, con carácter general, la regla de tributación en destino. La tributación en origen de las adquisiciones realizadas por particulares que trasladan por sí mismos productos sujetos a impuestos especiales a otro Estado miembro es, por tanto, una excepción.

La Directiva, sin embargo, ha establecido un límite a esta ruptura del principio de territorialidad: solo quedarán exentos de un nuevo devengo aquellos productos adquiridos por particulares y transportados por ellos mismos que se consideren destinados “para uso propio”. Esta expresión constituye un límite a la aplicación de la excepción general de que los particulares pueden trasladar libremente productos sometidos a impuestos especiales entre diferentes Estados miembros. Este concepto de adquisición “para uso propio” se contrapone así a la “tenencia para fines comerciales” prevista en el artículo 33 y que exigiría un nuevo devengo del impuesto en el Estado de tenencia aunque los productos ya hubieran sido despachados a consumo y, por tanto, gravados en otro Estado miembro.

3.4.2. Los criterios para determinar el “uso propio”

Respecto a la concreción del concepto “para uso propio”, la misma Directiva *horizontal* ofrece en su artículo 32.2 una serie de criterios a los que los Estados miembros *deberán* atender para determinar la finalidad personal de los productos adquiridos:¹¹⁹

“Artículo 32.2

- a) condición mercantil del tenedor de los productos sujetos a impuestos especiales y motivos por los que los tiene en su poder;¹²⁰
- b) lugar en que se encuentran dichos productos sujetos a impuestos especiales o, en su caso, modo de transporte utilizado;¹²¹
- c) todo documento referente a los productos sujetos a impuestos especiales¹²²;
- d) naturaleza de los productos sujetos a impuestos especiales;
- e) cantidad de productos sujetos a impuestos especiales.”

En principio, según considera la Comisión, la evaluación de la finalidad personal o comercial de los productos transportados debe realizarse tras un examen del conjunto estos criterios. Además, correspondería en todo caso a la

¹¹⁹ En la anterior versión del artículo 9.2 de la Directiva 92/12/CEE estos mismos criterios tenían como objetivo identificar la presencia de fines comerciales. Dado que, como indicamos anteriormente, son dos caras de la misma moneda, la operatividad del artículo no cambia: si existe finalidad particular no existe finalidad comercial y viceversa. Por tanto, sigue siendo de aplicación la aseveración realizada por GONZÁLEZ-JARABA: “Es importante señalar que los supuestos contemplados no constituyen un *numerus clausus*, sino que están abiertos a otras posibilidades o factores mediante los que pueda determinarse si existe o no actividad comercial”. GONZÁLEZ-JARABA, M., “Los impuestos especiales de ámbito comunitario...”, *op. cit.*, pág. 197.

¹²⁰ Existe una presunción *iuris tantum* de que la condición mercantil del sujeto que transporta los productos excluye la posibilidad de que estos se destinen al uso propio. De todos modos, habrá que atender a la actividad concreta del sujeto para considerar si puede o no emplear estos productos con fines comerciales y que no realiza esta adquisición a título particular y para “uso propio”. Pensemos por ejemplo en un peluquero que adquiere 30 cajetillas de tabaco, su condición es obviamente diferente a si lo hace el titular de un establecimiento de distribución de tabaco.

¹²¹ Evidentemente no es lo mismo que el sujeto lleve los productos en su equipaje de mano a que haya fletado un camión para transportar 1.000 litros de cerveza o que los transporte escondidos en el doble fondo de una maleta.

¹²² En este caso, cobra especial relevancia la factura o ticket, que permitirá demostrar que el particular ha pagado los impuestos especiales correspondientes en el Estado de origen.

Administración respectiva desmontar la presunción, construida sobre la base del principio de libre circulación, de la finalidad personal de los productos transportados por particulares¹²³.

3.4.2.1. El criterio de la cantidad en el tabaco y las bebidas alcohólicas

Dentro de estos criterios el factor de la cantidad del aparatado e) adquiere una especial relevancia desde el momento en que la Directiva dedica el artículo 32.3¹²⁴ a establecer unos niveles indicativos mínimos que, en principio sirven “exclusivamente como elemento de prueba”, tanto para el tabaco como para las bebidas alcohólicas:

“3. En lo que respecta a la aplicación del apartado 2, letra e), los Estados miembros podrán establecer niveles indicativos, exclusivamente como elemento de prueba. Dichos niveles indicativos no podrán ser inferiores a:

- Impuesto especial sobre las labores del tabaco:
 - o cigarrillos: 800 unidades,
 - o cigarritos (cigarros de un peso máximo de 3 g/unidad): 400 unidades,
 - o cigarros: 200 unidades,
 - o tabaco para fumar: 1,0 kilogramo.
- Impuesto especial para bebidas alcohólicas:
 - o «aguardientes»: 10 litros,
 - o «productos intermedios»: 20 litros,
- vino: 90 litros (de los cuales 60 litros como máximo de vino espumoso),
- cerveza: 110 litros.”

¹²³ COM (2004) 227 final, pág. 25.

¹²⁴ Este artículo 32.3 se encontraba ya vigente, con los mismos importes y en los mismos términos en el artículo 9.2 de la Directiva 92/12/CEE. Este hecho nos permite emplear las interpretaciones y propuestas para la modificación de este último para para el actual articulado.

El carácter teóricamente indiciario de estos niveles, como un elemento más de prueba, queda desvirtuado porque ya la inscripción del acta de la Directiva 92/12/CEE preveía una suerte de inversión de la carga de la prueba si un particular superaba estos umbrales, lo que lo obligaba a demostrar que dichos productos estaban destinados a sus propias necesidades¹²⁵. La Comisión se ha mostrado frontalmente en contra de esta inversión de la carga de la prueba en repetidas ocasiones y, de hecho, en sendas propuestas de Directiva en 2004¹²⁶ y 2008¹²⁷, planteó la supresión de los niveles indicativos por el perverso uso de los mismos que realizaban las autoridades nacionales¹²⁸.

No cabe duda de que este es el verdadero caballo de batalla de las compras transfronterizas. De hecho la Comisión, en su defensa del carácter meramente orientativo de estos niveles, ha iniciado procedimientos de infracción contra Estados que, como España o Reino Unido, aplicaban estrictamente la inversión de la carga de la prueba cuando los particulares transportaban una cantidad superior a la prevista en la Directiva¹²⁹.

GONZÁLEZ-JARABA defiende, al igual que la Comisión, que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que la carga de la prueba corresponde en

¹²⁵ Tal y como se recuerda en la COM (2004) 227 final, pág. 25.

¹²⁶ COM (2004) 227 final, págs. 25-27.

¹²⁷ *Propuesta de Directiva del Consejo relativa al régimen general de los impuestos especiales*, COM (2008) 78 final, de 22 de octubre de 2008. El intento de suprimir estos niveles indicativos contaba con la oposición de algunos Estados miembros, del Comité Económico y Social (*Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la "Propuesta de Directiva del Consejo relativa al régimen general de los impuestos especiales*, COM (2008) 78 final, de 22 de octubre de 2008, apartado 1.5, pág. 2.) y de la Comisión de Industria, Investigación y Energía (*Opinión de la Comisión de Industria, Investigación y Energía*, de 8 de octubre de 2008, para la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios sobre la propuesta de Directiva del Consejo relativa al régimen general de los impuestos especiales COM (2008) 78 final, enmienda núm. 33).

¹²⁸ “Una administración nunca podrá utilizarlos solos para justificar la tenencia de productos sujetos a impuestos especiales con fines comerciales (...) los niveles indicativos solo se pueden comprender dentro del marco de instrucciones de control enviadas a sus agentes por una administración”. *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo relativo a la aplicación de los artículos 7 a 10 de la directiva 92/12/CEE*, de 2 de abril de 2004, COM (2004) 227 final, pág. 25.

¹²⁹ “Al aplicar estas normas, las autoridades nacionales deben tener en cuenta todas las circunstancias que rodeen cada caso y, en general, no deben otorgar un peso especial a un determinado factor, como puede ser la cantidad de producto.” Comisión Europea; *Compras transfronterizas: la Comisión pide a España y al Reino Unido información sobre los derechos de los particulares a transportar a su país alcohol y tabaco*, 12 de noviembre de 2003, IP/03/1539.

todo caso a la Administración y no al interesado; posición contraria al articulado de la propia legislación española¹³⁰. Además, critica severamente que en muchas ocasiones la práctica administrativa vaya incluso más allá de la mera inversión de la carga de la prueba y, para determinar el carácter comercial de una expedición, se recurra al criterio de la cantidad “como elemento probatorio único y además taxativo, sin admitirse prueba en contrario y sin considerar el resto de factores a que se refiere la norma”¹³¹.

En un sentido contrario se expresa ESCOBAR LASALA, para quien, aunque está claro que no se tratan de franquicias, “los niveles indicativos actúan como distribuidores de la carga de la prueba de manera que, si las cantidades exceden de aquéllos, es el interesado quien debe probar que se tienen sin fines comerciales”¹³².

En nuestra opinión, el tiempo parece haber echado por tierra la intención de la Comisión de acabar con el papel preponderante del criterio de la cantidad como elemento probatorio de los fines comerciales. Unas esperanzas bien fundadas en argumentos jurídicos, pero aisladas de la tensión política y

¹³⁰ La Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales, en su artículo 15.9 determina que cuando se superen los umbrales previstos (iguales a los fijados en la Directiva) “se considerará que los productos se tienen con fines comerciales, salvo prueba en contrario”.

¹³¹ GONZÁLEZ-JARABA, M., “Los impuestos especiales de ámbito comunitario...”, *op. cit.*, pág. 199. El autor es especialmente crítico con la supuesta transformación de los niveles de cantidad indiciarios “en unos niveles objetivos por encima de los cuales, indefectiblemente, una determinada expedición tiene carácter comercial”. De este modo, los Estados infringen la libre circulación de bienes cuando aplican estos criterios de modo implacable, sin admitir prueba en contrario. Como indica el autor, el propio Departamento de Aduanas español hubo de dictar una Instrucción (1/2003) para evitar que prosperara el procedimiento de infracción de la Comisión contra España por su irregular aplicación de la Directiva (IP/03/1539). Creemos que sería incluso cuestionable si España no está realmente incumpliendo el plazo de transposición de la Directiva 2008/118/CE, al mantener en su legislación nacional un artículo 15.9 con una inversión de la carga de la prueba aparentemente contraria al carácter indiciario de los niveles previstos en el artículo 32.3.

¹³² ESCOBAR LASALA, J. J. “Las operaciones intracomunitarias sobre bienes objeto de impuestos especiales. Regulación en la normativa comunitaria”, *op. cit.*, pág. 88. Ciñéndose estrictamente a la redacción recogida en el artículo 15.9 de la Ley 38/1992, otras obras también consideran que la superación de las cantidades previstas en dicho artículo (y en la Directiva) hacen presuponer que existe tenencia con fines comerciales, salvo prueba en contrario. Véase: CILLERO MARTÍNEZ, V., “Impuestos Especiales”, en AA.VV., *Fiscalidad Práctica, Tomo V, Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, impuesto sobre sucesiones y donaciones e impuestos especiales*, Coordinador: Miguel Pérez de Ayala Becerril, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 410.

presupuestaria en este campo. Prueba de ello es el nuevo apartado 46.3¹³³ de la Directiva 2008/118/CE, en el que se autoriza a los Estados miembros para que reduzcan a solo 300 unidades (frente a los 800 previstos en el art. 32.3) los niveles indicativos del uso propio respecto a los cigarrillos provenientes de algunos Estados con menores impuestos especiales¹³⁴.

No obstante su alcance limitado, esta reforma ofrece una idea clara del papel capital de los niveles indicativos en el ámbito de los impuestos especiales. Lejos de plantearse su supresión como deseaba la Comisión, muchos Estados miembros han abogado por endurecerlos y restringirlos. Como se comprueba, reducir estos niveles ha sido el primer recurso cuando han advertido un nuevo peligro para su recaudación, derivado de la profunda disparidad de tipos en materia de impuestos sobre las labores del tabaco. Es decir, los últimos avances en el proceso armonizador se han llevado a cabo con la condición básica de que se admitiera una reducción potestativa de los niveles indicativos del uso propio¹³⁵. De nuevo, la regla de la unanimidad exige pagar un alto precio en forma de excepciones y regímenes transitorios.

¹³³ Redacción dada por la *Directiva 2010/12/UE del Consejo de 16 de febrero de 2010 por la que se modifican las Directivas 92/79/CEE, 92/80/CEE y 95/59/CE, en lo referente a la estructura y a los tipos del impuesto especial que grava las labores del tabaco, y la Directiva 2008/118/CE*.

¹³⁴ En principio, esta medida solo podrá ser adoptada a partir de 2014 por aquellos Estados miembros que apliquen el mínimo de tributación fijado en la Directiva y solo respecto a los cigarrillos introducidos desde alguno de los Estados miembros que, haciendo uso de la prórroga prevista en la Directiva de acercamiento de tipos de las labores del tabaco, aplican un tipo inferior a los 77 euros por 1000 cigarrillos. Esta prórroga se prevé en el artículo 2.2, tercer párrafo, de la Directiva 92/79/CEE de 19 de octubre de 1992, relativa a la aproximación de los impuestos sobre los cigarrillos en su redacción dada por la Directiva 2010/12/UE del Consejo de 16 de febrero de 2010:

“Se concederá a Bulgaria, Estonia, Grecia, Letonia, Lituania, Hungría, Polonia y Rumanía un período transitorio hasta el 31 de diciembre de 2017 para alcanzar los requisitos establecidos en los párrafos primero y segundo.”

¹³⁵ Hay que tener presente que este régimen se crea después de que el 31 de diciembre de 2009 finalizara la prórroga concedida a varios Estados miembros para que aplicaran el impuesto especial mínimo global sobre los cigarrillos previsto en las Directivas comunitarias. Durante este plazo de transición, se permitía a los demás Estados miembros que, respecto a los cigarrillos procedentes de los Estados que se beneficiaran de él, podían mantener los mismos límites cuantitativos que son de aplicación a las importaciones procedentes de terceros países, es decir, mayoritariamente 200 cigarrillos. No olvidemos además, que este es un sistema de franquicia y que, por tanto, no admite prueba en contrario. Los Estados que se beneficiaron de este régimen fueron muchos. En concreto, en el *Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, y a las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión*:

Esta reforma crea una disparidad digna de mención en el seno de la Unión respecto al carácter de la expresión “para uso propio”: ¿cómo se puede presumir que los ciudadanos provenientes de determinados países tienen unas menores necesidades de consumo propio? ¿Pueden calificarse dos compras realizadas por un mismo sujeto de comercial o particular en función del Estado del que procedan?

En nuestra opinión esta realidad normativa nos obliga a reflexionar sobre las ideas expuestas anteriormente, especialmente respecto al valor jurídico de esta reforma asimétrica de los valores indicativos: *si se ha hecho, algo cambiará*.

En primer lugar, queda claro que los niveles indicativos no son únicamente otro instrumento de prueba de los fines comerciales. Por su visualización, su fácil prueba, su objetividad, etc.; han sido, son y deben ser el argumento principal para determinar el fin comercial de una adquisición. En segundo lugar, compartimos con la Comisión y la doctrina la necesidad de otorgar su papel a los demás criterios señalados por la Directiva¹³⁶. Finalmente,

- hasta el 31 de diciembre de 2007: República Checa (Anexo V, 5.2) y Eslovenia (Anexo XIII, 6.2)

- hasta el 31 de diciembre de 2008: Hungría (Anexo X, 7.2), Polonia (Anexo XII, 9.2) y Eslovaquia (Anexo XIV, 7.2).

- hasta el 31 de diciembre de 2009: Estonia (Anexo VI, 7.3,7.4), Letonia (Anexo VIII, 7.2), y Lituania, (Anexo IX; 8.2).

Por otro lado, en el *Protocolo relativo a las condiciones y al procedimiento de admisión de la República de Bulgaria y de Rumanía a la Unión Europea*:

- hasta el 31 de diciembre de 2009: Bulgaria (Anexo VI, 6.2) y Rumanía (Anexo VII, 6.2).

Varios Estados miembros aplicaron durante las fases de adaptación de estos Estados los límites cuantitativos previstos para las importaciones, aunque de forma asimétrica, especialmente respecto a los viajeros por tierra o mar, excluyendo los viajeros por vía aérea. Por ejemplo, Italia solo lo aplicaba respecto a Eslovenia. Entre otros: Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Irlanda, Suecia, Reino Unido o la propia Italia.

¹³⁶“Las autoridades nacionales deben tener en cuenta todas las circunstancias que rodeen cada caso y, en general, no deben otorgar un peso especial a un determinado factor, como puede ser la cantidad de producto. Así, si las cantidades en posesión de una persona son superiores a las fijadas como referencia, las autoridades podrán tener en cuenta, por ejemplo, si esta persona viaja a otro Estado miembro para adquirir alcohol o labores del tabaco ocasionalmente, tal vez con motivo de una boda o de una gran fiesta. Del mismo modo, si una persona transportara menos cantidad de la fijada como referencia, las autoridades podrán tener presente, no obstante, si en operaciones de vigilancia se ha detectado que esa persona está involucrada en ventas ilícitas de bienes sujetos a impuestos especiales”. Comisión Europea; *Compras transfronterizas: la Comisión pide a España y al Reino Unido información sobre los derechos de los particulares a transportar a su país alcohol y tabaco*, 12 de noviembre de 2003, IP/03/1539.

consideramos que los niveles indicativos sí tienen un valor jurídico propio y que su superación sí supone en la práctica la inversión de la carga de la prueba, correspondiendo al particular demostrar que existen indicios adicionales para descartar la finalidad comercial¹³⁷. Obviamente, el hecho de haber cambiado parcialmente un nivel de base puramente cuantitativo lleva aparejado que su superación tenga alguna consecuencia jurídica. Para respaldar esta afirmación empleamos la siguiente información de la propia página principal de la Unión Europea¹³⁸:

“Cada país puede establecer sus propios niveles de referencia para determinar si el tabaco y el alcohol son para uso personal. Si lleva una cantidad mayor pueden hacerle preguntas para comprobar que no tiene ningún propósito comercial”.

El silencio, la falta de explicaciones ante estas preguntas una vez sobrepasado un umbral con contenido jurídico, debe entenderse *sensu contrario* como la incapacidad del sujeto para demostrar los fines personales de su adquisición. Resultaría una prueba diabólica para la Administración demostrar los motivos del desplazamiento o aportar unos documentos de compra que están en posesión del particular. Por ello, creemos lógico que para garantizar la seguridad jurídica y una cierta igualdad entre todas las fronteras europeas, estos niveles indicativos tengan consecuencias jurídicas concretas. ¿Qué sentido tiene si no que los Estados estén facultados para rebajarlos?

¹³⁷ De hecho, el inicio del procedimiento de infracción de la Comisión contra España y Reino Unido no atacaba que estos Estados aplicaran la inversión de la carga de la prueba. En el caso de España, se cuestionaba la aplicación de este criterio a viajeros que salían de España sin permitirles que pudieran aportar pruebas que destruyeran la presunción, una vez superados los umbrales, de que poseían los bienes con fines comerciales. En el caso del Reino Unido, criticaba la rigidez y falta de proporcionalidad de su marco jurídico en los casos en que un particular transportaba bienes fuera del marco del uso propio, ya que aplicaba la confiscación de los mismos e incluso de los vehículos empleados para su transporte.

¹³⁸ *Viajar por Europa. De compras*, Europa.eu. En sentido coloquial está página informativa reconoce que “(L)os ciudadanos de la UE pueden comprar a su antojo en todos los países miembros (...) siempre y cuando los productos sean para uso personal y no para revenderlos después”.

Para dotar de lógica a esta explicación creemos interesante recurrir a alguno de los argumentos expuestos por el Abogado General JACOBS en sus conclusiones al asunto *Joustra*¹³⁹, en las que consideró que el fin comercial no implica necesariamente ánimo de lucro, sino que está vinculado a la distorsión a la competencia que crea el sujeto indirectamente al introducir una determinada cantidad de producto en una jurisdicción.

Más allá de que exista una finalidad comercial con ánimo de lucro, podemos identificar una *finalidad comercial indirecta*: realizar compras por encima de la lógica del consumo propio en otros Estados conlleva la sustracción del ciudadano al régimen de tributación especial previsto para estos productos, afectando potencialmente al propio mercado interno de artículos sujetos a impuestos especiales y al principio de territorialidad imperante en su tributación.

3.4.2.2. Reglas especiales para los hidrocarburos

En el caso de los hidrocarburos, las Directivas comunitarias han sido mucho más rígidas a la hora de calificar como uso propio las adquisiciones por particulares de productos ya despachados a consumo en otro Estado miembro¹⁴⁰. En concreto, el artículo 32.4 de la Directiva 2008/118/CE permite al Estado de consumo que exija un nuevo devengo de los impuestos especiales cuando los mismos se transporten “mediante formas de transporte atípicas”. Es decir, fuera del depósito ordinario del vehículo, de los bidones de reserva adecuados o de los camiones cisterna autorizados¹⁴¹.

¹³⁹ Conclusiones del Abogado General Jacobs, 1 de diciembre de 2005, asunto *Joustra*, apartados 84-85.

¹⁴⁰ “Se trata de una presunción de mucho mayor calado que la que puede existir respecto a otros factores indiciarios”. GONZÁLEZ-JARABA, M., “Los impuestos especiales de ámbito comunitario...”, *op. cit.*, pág. 198.

¹⁴¹ Artículo 32.4

“Respecto a la adquisición de hidrocarburos ya despachados a consumo en otro Estado miembro, los Estados miembros podrán asimismo disponer que el impuesto sea devengado en el Estado miembro donde se consuma, siempre que el transporte de dichos productos se efectúe mediante formas de transporte atípicas realizadas por un particular o por cuenta de este.”

La indeterminación cuantitativa de estos términos, en especial el de los bidones de reserva, no contribuye en absoluto a la seguridad jurídica. Resulta de todo punto deseable que, al igual que existe para el tabaco y las bebidas alcohólicas, se determinara con más precisión el volumen de hidrocarburos que se considera dentro del “uso propio”¹⁴².

Como propuesta, consideramos que el *Acuerdo europeo sobre el transporte internacional de mercancías peligrosas por carretera*¹⁴³ puede poner un poco de luz sobre el concepto de bidones de reserva, que consideramos que es el elemento más conflictivo. En su apartado 1.1.3.1, relativo a las exenciones en función de la naturaleza del transporte, este documento considera que deben excluirse de aplicar la normativa de mercancías peligrosas los transportes de líquidos inflamables (como los hidrocarburos) realizados por particulares para su uso personal, doméstico o recreativo siempre que se transporten en recipientes que no excedan de 60 litros por unidad y con un máximo de 240 litros por unidad de transporte.

Dado que el transporte de cualquier cantidad superior exigiría la aplicación estricta de la normativa de mercancías peligrosas (cuyos costes de cumplimiento excederían con creces del beneficio de realizar la compra transfronteriza de combustible) creemos que, siempre que dichos bidones se encuentren debidamente homologados para el transporte de hidrocarburos, los

¹⁴² El Tribunal se ha pronunciado respecto a las “formas de transporte atípica” en la STJUE de 15 de noviembre de 2007, *Fredrik Granberg*, asunto C-330/05, en la que considera que el traslado por un particular de 3.000 litros de gasóleo de calefacción en una furgoneta, dentro de “grandes recipientes para granel” constituye una “forma de transporte atípica” en el sentido del anterior artículo 9, apartado 3, de la Directiva 92/12, en su versión modificada por la Directiva 92/108 (que encuentra su equivalente en el actual artículo 32.4 de la Directiva 2008/112) y, por tanto, puede ser sometido a tributación por el Estado miembro donde se consume. En estos casos, tal y como se contempla en el actual artículo 33.6 de la Directiva 2008/112, el impuesto especial abonado en el Estado de origen será devuelto, previa petición a las autoridades competentes del otro Estado miembro que haya determinado que el devengo y la recaudación se han producido en su territorio.

¹⁴³ Este acuerdo (ADR), fue realizado en Ginebra en 1957, en el seno de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas. La *Directiva 2008/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre el transporte de mercancías peligrosas*, incorpora los Anexos A y B del acuerdo, de modo que el mismo constituye el marco de reglamentación del transporte de mercancías peligrosas por carretera en el interior de la UE.

240 litros podrían constituir el umbral máximo (que no mínimo) que un ciudadano podría transportar “para uso propio” en los bidones de reserva¹⁴⁴.

En este caso, además, las empresas y profesionales se encuentran prácticamente en la misma posición que los particulares respecto al combustible que emplean para sus vehículos. Tanto unos como otros, cuando adquieren combustible en un Estado miembro están sometidos al sistema de tributación en origen¹⁴⁵. Obviamente, también se debe dibujar un límite para que los transportistas no puedan defraudar la territorialidad del impuesto, por ejemplo, cargando grandes bidones de reserva en Estados con menor tributación.

De hecho, en el caso de los profesionales, el límite establecido en el artículo 24 de la Directiva 2003/96/CE es aún más estricto que el previsto para los particulares, al circunscribir la tributación en origen al combustible transportado en “depósitos fijados de manera permanente por el constructor” o, en su caso, en “contenedores especiales y destinados a ser utilizados para el funcionamiento, durante el transporte, de los sistemas que equipan dichos contenedores”¹⁴⁶.

Sin embargo, las posibilidades de arbitraje fiscal traen causa de los grandes depósitos de los vehículos de transporte, lo que les permite transportar en su depósito regular un gran volumen de litros y, a su vez, gozar de una gran autonomía para repostar en el Estado de su recorrido con menores impuestos especiales. En apartados siguientes profundizaremos en este grave problema

¹⁴⁴ En España, el artículo 19 del *Real Decreto 1165/1995, de 7 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de los Impuestos Especiales*, parece dibujar el límite en los 200 litros de hidrocarburos, al ser este el volumen que se permite transportar (mediante formas no atípicas) sin necesidad de los documentos de circulación.

¹⁴⁵ Las adquisiciones de combustible por empresarios o profesionales en otro Estado miembro no pueden considerarse adquisiciones intracomunitarias de bienes dado que no existe transporte.

¹⁴⁶ Con este artículo como referencia, resulta interesante atender al caso analizado en la Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña, de 19 de marzo de 1998 (JT 1998, 592). En este supuesto, una empresa de obras públicas transportaba dentro del territorio español un camión cisterna de gasoil, adquirido en expendedores autorizados, para su propio consumo, con motivo de los trabajos de infraestructura viaria que realizaba. En contra de la interpretación de la Administración tributaria, que consideró que existía una circulación irregular de productos sujetos a impuestos especiales, el Tribunal consideró que el transporte debía considerarse privado ya que el combustible nunca tuvo un destino comercial. Por tanto, excluía la multa. No nos cabe duda que si el mismo camión cisterna hubiera transportado el combustible entre dos Estados miembros, sí se hubiera apreciado el carácter comercial de la mercancía.

que corresponde, obviamente, solucionar a los Estados miembros (los transportistas, como los particulares, se comportan como *homo economicus* y no podemos reprochar su intención por minorar sus gastos).

3.4.2.3. Valoración de los criterios para determinar el “uso propio”

A modo de conclusión de este apartado, simplemente queremos dejar constancia de nuestro descontento con la determinación apriorística de unos niveles indicativos mínimos tan elevados una vez que se ha optado por dibujar límites a las compras transfronterizas¹⁴⁷. No obstante, resulta evidente la dificultad que tienen los Estados para realizar controles más intensos en el contexto del mercado interior e, incluso, del riesgo de que aumente el contrabando si estos se intensifican¹⁴⁸.

Sin embargo, hay que recordar que otra opción sería permitir el pleno ejercicio de la libertad de circulación y no imponer ningún tipo de restricción a las compras realizadas por particulares en otros Estados miembros, una UE plena. Ante la realidad comunitaria actual, sin embargo, este es un escenario claramente utópico. Por un lado, es evidente la imposibilidad de aplicar el régimen de tributación en destino a las adquisiciones realizadas por particulares, medida que evitaría cualquier conato de *cross-border shopping*. Por el otro, persisten diferencias de tipos demasiado significativas como para que los Estados se lancen al vacío permitiendo que los particulares exploten sin límite las posibilidades de arbitraje fiscal que estas diferencias ofrecen. En

¹⁴⁷ De hecho, como hacen ver LOCKWOOD Y MIGALI, estos límites superan con creces el consumo medio anual de un hogar de dos personas. Véase: LOCKWOOD, B. y MIGALI, G., “Did the Single Market Cause Competition in Excise Taxes? Evidence from EU Countries”, *The Economic Journal*, Vol. 119, 2009, pág. 406.

¹⁴⁸ No obstante, el contrabando que puede ser sustitutivo de estas compras transfronterizas es únicamente el practicado por particulares (o empresarios a pequeña escala) que adquieren productos legales (generalmente tabaco) en jurisdicciones de menor tributación y los introducen posteriormente de forma ilegal (claramente por encima de los citados niveles indicativos) en otro Estado miembro. Como aclara GIL SORIANO, este contrabando está en contraposición con el realizado a gran escala, que no paga impuestos de ningún tipo y al que los controles fronterizos para detectar excesos en el uso del *cross-border shopping*, no afectan. Es este segundo el verdadero quebradero de cabeza de las principales economías mundiales por los volúmenes manejados. Al respecto, nos remitimos al completo estudio realizado por el autor: GIL SORIANO, A., “Fiscalidad de tabaco y contrabando”, *op. cit.*, págs. 60 y ss.

el fondo, los Estados actúan movidos por un miedo que está inducido por su propio fracaso al armonizar deficientemente los impuestos especiales (de manera mucho más deficiente que el IVA, desde luego). Al final, los Estados, recelosos por poder aplicar el criterio de territorialidad al consumo de estos bienes sujetos a impuestos especiales, incurren en ciertas contradicciones: Ciudadanos que se muevan libremente sí, pero poco, y que si quieren consumir... *que paguen en casa, como debe ser.*

3.4.3. Los efectos de considerar que una adquisición se ha realizado con fines comerciales

El principal efecto de considerar que los productos trasladados a otro Estado miembro conforme a su volumen, modo de transporte y demás condiciones, se realiza para uso propio es que, excepcionalmente, se permite que dichos productos sean gravados únicamente en el Estado de origen, sin que se produzca un nuevo devengo del impuesto.

En cambio, si el ciudadano no puede probar que los productos eran para uso propio, la tenencia de estos productos en un Estado miembro diferente a aquel en que se produjo originalmente el despacho a consumo se consideraría realizada con “fines comerciales” conforme al artículo 33 de la Directiva¹⁴⁹. Esta calificación provoca que los productos devenguen de nuevo los impuestos especiales en el Estado miembro de destino, conforme a las condiciones y los tipos aplicables en el mismo, aunque el impuesto ya se haya devengado en el Estado de origen por haberse producido un despacho para consumo previo. El deudor de dichos impuestos será la persona que tenga los productos destinados a ser entregados o la persona que realice la entrega o efectúe la afectación¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Art. 33.1, párrafo segundo:

“A efectos del presente artículo se entenderá por «tenencia con fines comerciales» la tenencia de productos sujetos a impuestos especiales por una persona que no sea un particular o por un particular que no los tenga para uso propio y los transporte, de conformidad con el artículo 32.”

¹⁵⁰ Art. 33.3 Directiva 2008/118/CEE.

Es importante destacar que este nuevo devengo, al contrario que sucede en los casos de superar el los límites del régimen de franquicia¹⁵¹, se producirá sobre todos los productos adquiridos y no sobre el supuesto exceso respecto a los niveles indicativos del uso propio¹⁵². Eso sí, para evitar supuestos de doble imposición y de enriquecimiento injusto, tal y como aclara el apartado 6 del citado artículo 33, los impuestos especiales abonados en el Estado de origen podrán ser objeto de devolución, previa solicitud, cuando las autoridades competentes del Estado miembro de destino consideren que dichos productos se mantienen con fines comerciales y, por tanto, que el devengo se produce en su territorio.

Corresponderá al Estado de destino, mediante algún sistema de control fronterizo, interceptar a los sujetos provenientes de otras jurisdicciones y valorar si los productos que transportan han sido adquiridos con fines particulares. Hay que recordar, de todos modos, que tal y como han advertido las propias Directivas y como se ha ocupado de destacar el TJUE, los controles realizados en frontera no pueden afectar al correcto funcionamiento del mercado interior.

En la práctica, la respuesta es diferente en función de las circunstancias del caso. No es lo mismo que un particular, sin ánimo de lucro, adquiera productos que no pueden encuadrarse dentro de los fines particulares del artículo 32, a un supuesto de contrabando a gran escala, en que se trasladen ingentes cantidades de producto desde otro Estado miembro con menores impuestos especiales. Aunque los Estados tienen cierto margen para determinar las consecuencias jurídicas en estos supuestos, estas medidas están sujetas al principio de proporcionalidad al constituir una restricción a la libre circulación de bienes¹⁵³. Por ello, la Comisión recomienda que en el primer supuesto no se proceda a la confiscación de los bienes de modo automático, sino que podría ser suficiente con exigir los impuestos correspondientes y una

¹⁵¹ Que examinaremos en el apartado siguiente: 3.4.4.

¹⁵² Este sí es un argumento a favor de entender que estos niveles no actúan de modo automático como sí sucede en el caso de las franquicias de viajeros.

¹⁵³ SEELY, A., "Cross border shopping and smuggling", *House of Commons Library*, Research Paper núm. 40, 2002, págs. 20-21.

sanción proporcional al impuesto adeudado¹⁵⁴. En el segundo caso, es lógico que se disparen todos los resortes sancionadores y penales en materia de contrabando previstos en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

No debemos olvidar, sin embargo, que la capacidad de control de las autoridades fiscales en el ámbito de los impuestos especiales es muy limitada. Por un lado, tenemos unos niveles indicativos que deben ser calificados, cuanto menos, de amplios¹⁵⁵. Por debajo de estos niveles prácticamente no se producen liquidaciones, e incluso por encima, las autoridades suelen admitir los argumentos de los particulares para aceptar la ausencia de fines comerciales¹⁵⁶. Además, la instauración del mercado único dificulta la realización de controles de un volumen creciente de movimientos salvo en fronteras claramente delimitadas¹⁵⁷.

Estos problemas para el control se constataron durante el periodo transitorio concedido a Dinamarca en el artículo 26 de la Directiva 92/12/CE y, en sus respectivas Actas de Adhesión, a Finlandia y Suecia, para que continuaran aplicando el régimen de franquicia previsto antes de 1993 (al nivel de las actuales franquicias de viajeros desde países terceros) para el tabaco y las bebidas alcohólicas transportadas por particulares desde otros Estados miembros. A pesar de las prórrogas concedidas¹⁵⁸, que mantuvieron esta

¹⁵⁴ “La confiscación de bienes es, por su propia naturaleza, una acción grave, que supone una intrusión. Es algo que puede estar justificado en determinadas situaciones, pero la Comisión cree que su aplicación en el caso de infracciones fiscales de escasa importancia y que no persiguen lucro puede suponer ir más allá de lo estrictamente necesario, convirtiéndose en un obstáculo inadmisibles a la libre circulación de bienes. La Comisión considera que, en estos casos, el propósito de la sanción puede alcanzarse por métodos menos severos, como pueden ser la recaudación de los impuestos y el pago de una multa cuya cuantía se vinculará al importe del impuesto adeudado.” Comisión Europea; *Compras transfronterizas: la Comisión pide a España y al Reino Unido información sobre los derechos de los particulares a transportar a su país alcohol y tabaco*, 12 de noviembre de 2003, IP/03/1539.

¹⁵⁵ Compartimos la calificación de “generosos” que realiza la doctrina. Véase: LOCKWOOD, B. y MIGALI, G., “Did the Single Market Cause Competition in Excise Taxes? Evidence from EU Countries”, *The Economic Journal*, Vol. 119, 2009, pág. 406.

¹⁵⁶ SEELY, A., “Cross border shopping and smuggling”, *op. cit.*, pág. 10.

¹⁵⁷ Es el caso, por ejemplo del Reino Unido, que recibe el tráfico comunitario principalmente a través del Canal de la Mancha o de sus aeropuertos.

¹⁵⁸ *Directiva 96/99/CE del Consejo de 30 de diciembre de 1996 por la que se modifica la Directiva 92/12/CEE relativa al régimen general, tenencia, circulación y controles de los productos objeto de impuestos especiales*; cuatro años después la *Directiva 2000/44/CE del Consejo, de 30 de junio de 2000, por la que se modifica la Directiva 92/12/CEE por lo que se*

excepción en vigor hasta 2003, la Comisión ya en un informe del año 2000 advertía del fracaso de la aplicación de restricciones a los viajeros intracomunitarios en el contexto del mercado interior, "sobre todo porque el Derecho comunitario prohíbe los controles sistemáticos en las fronteras interiores"¹⁵⁹. Incluso, destacó su influencia en un posible incremento del contrabando. Si no se permite a los particulares realizar compras transfronterizas, puede ser que recurran a métodos ilícitos para acceder a la reducción de tipos que esperaban obtener de manera legal¹⁶⁰.

3.4.4. Las franquicias aduaneras aplicables a los viajeros

Cuando hablamos de compras transfronterizas, no podemos obviar tampoco aquellas que se producen en Estados terceros por viajeros comunitarios, que después cruzan las fronteras de vuelta a la Unión con estos productos. En principio, esta sería una operación de importación, gravada con el IVA, el arancel y los impuestos especiales correspondientes. Sin embargo, existe un régimen especial denominado "franquicia de los viajeros", con una lógica similar al límite del uso propio en las compras entre Estados miembros, regulado en la Directiva 2007/74/CE¹⁶¹.

refiere a las restricciones cuantitativas temporales aplicables a los productos sujetos a impuestos especiales introducidos en Suecia desde otros Estados miembros.

¹⁵⁹ De hecho, los propios Estados reconocían que "los controles de viajeros son generalmente bastante reducidos y únicamente se efectúan de forma aleatoria o por razones debidamente justificadas". *Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social sobre la aplicación de las restricciones practicadas por Dinamarca, Finlandia y Suecia en cuanto a la cantidad de los productos sujetos a impuestos especiales que los viajeros pueden introducir para su uso personal en el territorio de estos países desde otros Estados miembros*, COM (2000) 316 final, de 24 de mayo de 2000, apartados 2 y 5.

¹⁶⁰ "(L)a aplicación de las restricciones no parece ser eficaz para combatir la importación de cantidades superiores a las permitidas a los viajeros e incluso parece dar lugar al desarrollo de actividades ilegales y de un contrabando organizado", COM (2000) 316 final, apartado 5.

¹⁶¹ *Directiva 2007/74/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 2007, relativa a la franquicia del impuesto sobre el valor añadido y de los impuestos especiales de las mercancías importadas por viajeros procedentes de terceros países*. Esta Directiva deroga la anterior *Directiva 69/169/CEE del Consejo, de 28 de mayo de 1969, relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a las franquicias de los impuestos sobre el volumen de negocios y de los impuestos sobre consumos específicos percibidos sobre la importación en el tráfico internacional de viajeros*, tantas veces modificada.

El artículo 1 de la Directiva “establece las normas sobre la aplicación de la franquicia del impuesto sobre el valor añadido (IVA) y de los impuestos especiales a las mercancías importadas en el equipaje personal de los viajeros procedentes de terceros países o de territorios en los que no sean aplicables las normas comunitarias en materia de IVA o de impuestos especiales”¹⁶². La franquicia es el umbral monetario o el límite cuantitativo que se autoriza a importar libre de impuestos, sin que se exija la tributación en destino.

En concreto, la Directiva fija un umbral de carácter económico, para aquellas mercancías no sometidas a límites cuantitativos, de 300 euros por persona¹⁶³. Por otro lado, establece un conjunto de límites cuantitativos para determinados productos sometidos a impuestos especiales¹⁶⁴, cuyo valor no se tomará en consideración para la aplicación de la franquicia anterior.

El límite establecido para cada producto constituye el 100% de la franquicia correspondiente, bien al alcohol, bien al tabaco, por lo que la franquicia se podrá aplicar a cualquier combinación de dichos productos siempre que los porcentajes de uso total de la franquicia no excedan del 100%.

En el caso de las labores del tabaco, la Directiva ofrece una horquilla de límites cuantitativos mínimo y máximo para cada categoría de producto:

- 200 cigarrillos o 40 cigarrillos;
- 100 cigarrillos o 20 cigarrillos;
- 50 cigarros puros o 10 cigarros puros;
- 250 g de tabaco para fumar o 50 g de tabaco.

¹⁶² Es el caso de los territorios de los Estados miembros a que no son aplicables estas normas como las Islas Canarias o Gibraltar.

¹⁶³ Art. 7 Directiva 2007/74/CE. Este umbral de valor será de 430 euros para los viajeros de transporte aéreo y marítimo y podrá reducirse, con un mínimo de 150 euros, para los menores de quince años.

¹⁶⁴ Corresponderá posteriormente a cada Estado miembro elegir su franquicia entre los valores de esta horquilla.

Respecto al alcohol y las bebidas alcohólicas, existe un límite cuantitativo, en principio mínimo, pero que aplican comúnmente los Estados:

- 1 litro en total de alcohol y bebidas alcohólicas de grado alcohólico superior al 22 % vol, o de alcohol etílico no desnaturalizado de un grado alcohólico igual o superior al 80 % vol.;
- 2 litros en total de alcohol y bebidas alcohólicas de grado alcohólico inferior al 22 % vol.;
- 4 litros de vino tranquilo;
- 16 litros de cerveza.

En el caso del combustible, únicamente se considerará exento de IVA e impuestos especiales el contenido en el depósito normal y, como máximo, otros 10 litros transportados en un depósito portátil¹⁶⁵.

El artículo 13 de la propia Directiva 2007/74/CE faculta a los Estados miembros para que reduzcan los umbrales monetarios y los límites cuantitativos de la franquicia de viajeros en una serie de supuestos, en que se entiende que existe un alto riesgo de abusar de los mismos:

- a) residentes en zona fronterizas¹⁶⁶
- b) trabajadores fronterizos¹⁶⁷;
- c) personal de los medios de transporte utilizados para viajar desde un tercer país o desde un territorio en el que no sean aplicables las normas

¹⁶⁵ Artículo 11 Directiva 2007/74/CE.

¹⁶⁶ Art. 3. 5). Se entiende por zona fronteriza una zona que no podrá exceder de 15 kilómetros en línea recta a partir de la frontera de un Estado miembro y que incluye las circunscripciones administrativas locales cuyo territorio forma parte de esa zona; los Estados miembros podrán establecer excepciones a esta norma. En España, por ejemplo, el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 contiene en su Disposición adicional primera una reducción del límite cuantitativo de la franquicia para los residentes en la zona fronteriza con Gibraltar de 200 a 80 cigarrillos. El objetivo, como se explica en la exposición de motivos del texto, es combatir “el abuso de derecho que se viene detectando en el uso de las franquicias aduaneras y las exenciones fiscales relativas a las labores de tabaco previstas en el régimen de viajeros por las personas que entran en el resto del territorio español procedentes de Gibraltar”, limitando las cantidades que los residentes fronterizos y los trabajadores fronterizos con Gibraltar puedan introducir con beneficios aduaneros y fiscales en territorio español.

¹⁶⁷ Art 3. 6) Se entiende por trabajador fronterizo toda persona que, en razón de su actividad habitual, se deba desplazar en sus días de trabajo al otro lado de la frontera.

comunitarias en materia de IVA o de impuestos especiales, o bien ambas normas.

Hay que destacar el diferente carácter de la franquicia de viajeros y el límite “para uso propio” previsto en la Directiva 2008/118/CE. Como ya indicamos anteriormente, el exceso respecto a este segundo límite supone en nuestra opinión la inversión de la carga de la prueba, correspondiendo al ciudadano probar el futuro uso propio de dichos bienes. La franquicia de viajeros, en cambio, no admite ninguna prueba en contrario: en caso de superar el límite establecido el Estado procederá a liquidar el IVA y los impuestos especiales correspondientes. En cambio, los impuestos especiales solo se devengan en este caso por los productos que superen la franquicia de viajeros y no por la totalidad, como sucede cuando se cruza la línea del uso propio.

Conforme a la estricta normativa de contrabando de algunos Estados como España¹⁶⁸, dejar de presentar en aduana cualquier importe de productos introducidos desde Estados terceros que excedan de estas franquicias puede ser constitutivo de infracción administrativa¹⁶⁹.

¹⁶⁸ *Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando que modifica la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.*

¹⁶⁹ En concreto, en España el artículo 2 de la *Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando*, recoge el tipo penal del delito de contrabando. Dicho artículo establece que será cometido el delito cuando, entre otros supuestos, los sujetos: “Importen o exporten mercancías de lícito comercio sin presentarlas para su despacho en las oficinas de aduanas o en los lugares habilitados por la Administración aduanera. La ocultación o sustracción de cualquier clase de mercancías a la acción de la Administración aduanera dentro de los recintos o lugares habilitados equivaldrá a la no presentación”. De este modo, la simple ocultación en el equipaje de determinados productos puede producir la realización del tipo penal. Para la comisión del delito, eso sí, se exige un importe elevado, 150.000 euros, aunque cuando se trate de labores de tabaco este importe se reduce a 15.000 euros. La pena para los que cometan el delito de contrabando oscila entre uno y cinco años de prisión y multa del tanto al séxtuplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos. En el caso más común de que los importes no declarados sean menores, existe infracción administrativa leve en el caso de que el valor sea inferior a 37.500 euros (para las labores del tabaco cuando sea inferior a 1.000 euros) y la multa será entre el 100% y el 150% del valor de lo importado, con un mínimo de 500 euros. La infracción será grave para importes entre 37.500 y 112.500 euros (entre 1.000 y 7.200 euros en el caso del tabaco), con multas entre el 150% y el 250% del valor de lo importado. Por último la infracción será muy grave, con multas entre el 250% y el 350% del valor, para importes superiores entre 112.500 y 150.000 euros (entre 7.200 y 15.000 en el caso del tabaco).

A la hora de evaluar el *cross-border shopping* en el seno de la Unión no debemos dejar de lado las posibilidades, aunque limitadas, que ofrece este régimen de franquicia para los viajeros procedentes de Estados o territorios terceros¹⁷⁰, especialmente en relación a las zonas fronterizas con pequeños territorios como Gibraltar o Andorra, o con los grandes Estados del Este como Ucrania o Rusia, frontera natural con algunos de los Estados incorporados más recientemente a la UE. El mayor problema con estas fronteras, sin embargo, es mucho más de contrabando que de compras transfronterizas¹⁷¹.

3.4.5. El régimen de las tiendas libres de impuestos o *duty-free*

Hablar de compras transfronterizas exige hablar también, aunque sea brevemente, del régimen de las tiendas libres de impuestos, más conocidas como *duty-free*.

¹⁷⁰ El Reglamento (CE) núm. 1186/2009 del Consejo, de 16 de noviembre de 2009, relativo al establecimiento de un régimen comunitario de franquicias aduaneras, establece los casos en los que se concederá franquicia de los derechos de importación cuando las especiales condiciones de importación de las mercancías no requieren la aplicación de las medidas habituales de protección de la economía. Generalmente en estas franquicias (para estudiantes, para traslados en caso de matrimonio, por herencia) siempre se excluyen los bienes objeto de impuestos especiales. No obstante, en el caso de los envíos entre particulares, existe una franquicia de los derechos de importación, extendida también al IVA y a los propios impuestos especiales, para una determinada cantidad de productos bastante más reducida que la prevista para los viajeros:

a) labores del tabaco: - 50 cigarrillos, 25 puritos (cigarros con un peso máximo de 3 gramos cada uno), 10 cigarros puros, 50 gramos de tabaco para fumar, o un surtido proporcional de estos diferentes productos.

b) alcoholes y bebidas alcohólicas: bebidas destiladas y bebidas espirituosas de grado alcohólico superior al 22 % vol; alcohol etílico, no desnaturalizado, igual o superior al 80 %: 1 litro, o bebidas destiladas y bebidas espirituosas, aperitivos a base de vino o de alcohol, tafia, saké o bebidas similares de grado alcohólico igual o inferior al 22 % vol; vinos espumosos, vinos generosos: 1 litro, o un surtido proporcional de estos diferentes productos, y vinos tranquilos: 2 litros.

¹⁷¹ "(l)a amenaza del contrabando ha trasladado su centro de actividad a la frontera oriental de la Unión Europea, especialmente a las fronteras con Moldavia, Ucrania, Rusia y Bielorrusia". GIL SORIANO, A., "Fiscalidad de tabaco y contrabando", *op. cit.*, pág. 64. Sirvan también de botón de muestra de la prevencia de estas prácticas las siguientes noticias: "Illicit Cigarettes Flood Into EU From the East", *Emerging Europe*, 22 de febrero de 2011; "Trafic de cigarettes: la guerre est déclarée", *Le Figaro*, 11 de septiembre de 2011; "El contrabando crea empleo", *El País*, 23 de marzo 2012.

Con la entrada en vigor del mercado único se produjo la supresión de las fronteras fiscales dentro de la Comunidad, lo que derogó el régimen que permitía a los vendedores minoristas exonerar del pago de impuestos los bienes destinados a exportarse a otro Estado miembro. En concreto, tanto la Directiva 91/680/CEE que modificaba la Sexta Directiva IVA¹⁷², como la Directiva 92/12/CEE relativa a los impuestos especiales, pasaban a someter los bienes vendidos a ciudadanos comunitarios antes de emprender un viaje intracomunitario o en el transcurso del mismo y que no estuvieran destinados a su consumo inmediato, al régimen general de devengo en el Estado de salida¹⁷³.

El mercado único hacía en principio inviable el mantenimiento de este régimen de exención, que beneficiaba únicamente a determinados ciudadanos¹⁷⁴. Esta derogación, sin embargo, fue objeto de una prórroga temporal hasta el 30 de junio de 1999 conforme a la cual los Estados miembros

¹⁷² *Directiva 91/680/CEE del Consejo, de 16 de diciembre de 1991, que completa el sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido y que modifica, con vistas a la abolición de las fronteras la Directiva 77/388/CEE.*

¹⁷³ En concreto, la Directiva 91/680/CEE introdujo una letra c) en el apartado 1 del artículo 8 relativo a la localización de las entregas de bienes, que se corresponde aproximadamente con el actual artículo 37.1 de la Directiva 2006/112/CE:

“En caso de que la entrega de bienes se efectúe a bordo de un buque, avión o tren y en el transcurso de la parte de un transporte de pasajeros efectuada dentro de la Comunidad, se considerará que el lugar de esta entrega es el lugar de partida del transporte de pasajeros.”

En el caso de la Directiva 92/12/CEE, simplemente no se recogía ninguna excepción, por lo que estas entregas recibían el mismo trato que las demás de bienes sujetos a impuestos especiales: no existe la posibilidad de instalar depósitos fiscales a bordo de transbordadores o aeronaves, por lo que tan pronto como sean cargados a bordo se producirá el devengo del impuesto.

¹⁷⁴ “In the context of the Single Market, there should be no tax exemption provided for a minority of EU citizens (i.e. travellers and people living next to a border) so that this small group would no longer be better off with respect to the EU-wide cross-border sales taxation”. Véase: GEBAUER, A., WOON NAM, C. y PARSCHE, R., “Lessons of the 1999 Abolition of Intra-EU Duty Free Sales for Eastern European EU Candidates”, *CESIFO Working Paper*, núm. 828, Diciembre 2002, pág. 2. En un sentido similar se expresan CHRISTIANSEN y SMITH cuando afirman que: “There can be few more arbitrary, and transparently wasteful, economic phenomena than duty-free sales to travelers. International travelers are singled out – for no obvious reason- to be given a tax privilege (...) It would seem no less arbitrary to permit duty-free sales to individuals attending football matches or opera performances, or staying overnight in a hotel”. CHRISTIANSEN, V. y SMITH, S., “The Economics of Duty-free Shopping”, *CESifo Working Paper*, núm. 595, Octubre, 2001, pág. 1.

estaban facultados para continuar eximiendo dichas entregas de la aplicación del IVA y de los impuestos especiales bajo determinadas condiciones¹⁷⁵:

- a) Que se realizaran en un establecimiento situado en el recinto de un aeropuerto o de un puerto o a bordo de un avión o barco durante el transporte intracomunitario;
- b) Que el destinatario fuese un viajero que se trasladase a otro Estado miembro;
- c) Que los productos no superasen, por persona y viaje, los límites previstos en las disposiciones comunitarias vigentes en el ámbito del tráfico de viajeros entre países terceros y la Comunidad. En todo caso, ningún bien que se beneficiara del régimen podría superar los 90 euros.

De este modo, durante varios años las tiendas libres de impuestos gozaron de una posición privilegiada en el mercado europeo que hizo crecer enormemente el sector y lo situó con capacidad para influir como *lobby* en la concesión de una prórroga¹⁷⁶.

En un principio, la Comisión no cedió a estas presiones¹⁷⁷ y advirtió acertadamente que el objetivo de la excepción había sido mitigar los efectos de la adaptación y desmantelamiento de un sector que se podía ver especialmente

¹⁷⁵ Excepciones previstas en el artículo 28 duodécimo de la Directiva 77/388/CEE, introducido por la Directiva 91/680/CEE y en el artículo 28 de la Directiva 92/12/CEE.

¹⁷⁶ De hecho, la presión de algunos Estados miembros en el Consejo Europeo de Viena de los días 11 y 12 de diciembre de 1998, bajo el pretexto de los problemas de empleo que pudiesen derivarse de la supresión de las ventas libres de impuestos (ya que el sector empleaba en 1996 a 140.000 personas), obligó a la Comisión a considerar una prórroga para este régimen. CHRISTIANSEN, V. y SMITH, S., "The Economics of Duty-free Shopping", *op. cit.*, pág. 2. También: "La UE cede ante los «Duty free»", *El País*, 13 de diciembre de 1998.

¹⁷⁷ Entre los Estados que se oponían a esta derogación destacamos Alemania, Francia o Reino Unido, hecho que concuerda con la lógica económica. En los Estados con impuestos más elevados la competencia de sus tiendas *duty-free* está en las compras realizadas en la calle principal (*high street*) del Estado extranjero. Sin embargo, para un país con impuestos más bajos las tiendas *duty-free* suponen una competencia directa para sus propias ventas. De este modo, los Estados con impuestos más altos pueden apropiarse de rentas de ciudadanos extranjeros que de otro modo nunca comprarían en su territorio. Véase: CHRISTIANSEN, V. y SMITH, S., "National Policy Interests in the Duty-Free Market", *CESifo Economic Studies*, Vol. 50, núm. 2, 2004, pág. 374.

perjudicado por la entrada en vigor del mercado único¹⁷⁸. De hecho, lejos de dar un paso atrás en cumplimiento de este desmantelamiento, la situación de privilegio provocó una sostenida progresión de las ventas en las tiendas libres de impuestos a escala intracomunitaria alentada por la exención de que disfrutaban. Esta exención, les permitía aplicar márgenes más amplios de los habituales en el sector minorista, mientras que la ventaja final para el consumidor viajero era casi inexistente. Su derogación estaba por tanto justificada ya que el régimen especial, en la práctica, subvencionaba los beneficios de las empresas de venta libre de impuestos y mantenía una discriminación entre los operadores susceptible incluso de ser impugnada ante los tribunales¹⁷⁹. Sin embargo, la realidad del sector exige realizar una importante matización: dado que la explotación de este tipo de tiendas está sujeta generalmente a un régimen de concesión, los Estados han podido captar gran parte de estos márgenes al adjudicar las mismas conforme a criterios de mercado.¹⁸⁰ Parece claro, por tanto, que no solo las empresas ganaban¹⁸¹.

En principio, es verdad que con el cambio de régimen el espacio de estas tiendas libres de impuestos dentro del comercio intracomunitario quedaba aparentemente muy reducido¹⁸². Por tanto, debemos felicitarnos por el paso adelante que supuso cerrar esta vía de distorsión, sin gran relevancia

¹⁷⁸ *Comunicación de la Comisión al Consejo relativa a la incidencia en el empleo de la decisión de suprimir las ventas libres de impuestos para los viajeros intracomunitarios*, COM (99) 65 final.

¹⁷⁹ Dado que se aplicaba en exclusiva a los transportes marítimos y aéreos y a las tiendas situadas en las dos extremidades del túnel que atraviesa el Canal de la Mancha.

¹⁸⁰ “Aldeasa controlará las tiendas ‘duty free’ de todos los aeropuertos de España”, *El País*, 10 de diciembre de 2012.

¹⁸¹ Esta aclaración hace más fácil entender la “preocupación” de los Estados miembros por los empleos que podía destruir la abolición de este régimen especial.

¹⁸² Como se ocupó de aclarar la Comisión en su *Comunicación sobre las normas en materia de IVA e impuestos especiales aplicables, a partir del 1 de julio de 1999, por los proveedores de bienes vendidos a bordo de transbordadores y aeronaves o en los aeropuertos a pasajeros que viajen dentro de la Unión Europea*, (1999/C 99/08):

“los bienes entregados a bordo de transbordadores y aeronaves en el curso de un viaje intracomunitario y que no estén destinados a consumo inmediato estarán sujetos a las mismas condiciones impositivas y al mismo tipo del IVA aplicables en el Estado miembro de partida del viaje”. Igualmente, en relación a los bienes entregados en las tiendas de aeropuertos y las tiendas del Canal, “estarán sujetos a las mismas condiciones impositivas y al mismo tipo del IVA e impuestos especiales aplicables en el Estado miembro en que se hallen los bienes en el momento de la entrega”.

económica, pero difícilmente justificable en el entorno de un mercado único¹⁸³. Circunstancias ajenas al factor fiscal, sin embargo, han devuelto a estas tiendas una importante cuota de mercado.

En concreto, la batería de Reglamentos comunitarios en materia de seguridad aérea después del 11-S han implantado desde el año 2006 entre sus normas la paternalista medida de limitar la cantidad de líquidos, geles y aerosoles que pueden transportarse en el equipaje de mano¹⁸⁴. De este modo, si los ciudadanos quieren transportar estos productos¹⁸⁵ en el equipaje de mano (se mantiene la posibilidad de facturarlos anticipadamente), la única posibilidad que tienen es adquirirlos en las tiendas del aeropuerto, que recuperan de este modo su posición de privilegio; no por ser *duty-free* (estatus que mantienen únicamente para los ciudadanos extracomunitarios) sino por ser *control-free*. Agua, refrescos, vinos, licores, etc., constituyen el nuevo nicho de mercado de estos establecimientos¹⁸⁶.

El negocio detrás de este nuevo monopolio es evidente. En España, por ejemplo, en diciembre de 2012 una empresa se adjudicó el negocio de las tiendas de 26 aeropuertos hasta el año 2020 por un importe cercano a los 2.000 millones de euros¹⁸⁷, una cuantía que, no les quepa duda, tiene como contraprestación que España y los demás Estados miembros continúen retrasando la implantación de sistemas de control de líquidos que suprimirían esta restricción. Un monopolio a costa de la UE, todo un logro.

¹⁸³ GEBAUER, A., WOON NAM, C. y PARSCHE, R., "Lessons of the 1999 Abolition of Intra-EU Duty Free Sales for Eastern European EU Candidates", *op. cit.*, pág. 20.

¹⁸⁴ El primero de ellos fue el *Reglamento (CE) núm. 2320/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, por el que se establecen normas comunes para la seguridad de la aviación civil*. Para un seguimiento de las posteriores Reglamentos y las sucesivas modificaciones nos remitimos al sitio oficial de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea: www.seguridadaerea.es.

¹⁸⁵ A parte de algunos objetos que estimamos objetivamente peligrosos (cuchillos, tijeras, armas de fuego, explosivos, etc.) se impide con carácter general cruzar el control de seguridad con líquidos o similares (aerosoles, geles, cremas, etc.) de contenido superior a 100 ml.

¹⁸⁶ Además, por si fuera poco, las compañías aéreas permiten con carácter general que los artículos adquiridos en estos establecimientos del aeropuerto no se computen dentro de los estrictos límites de peso, volumen y número de bultos a que someten el equipaje de mano de los viajeros.

¹⁸⁷ "Aldeasa controlará las tiendas 'duty free' de todos los aeropuertos de España", *El País*, 10 de diciembre de 2012.

3.5. Características de los productos sujetos a impuestos especiales. Propicios para ser objeto de *cross-border shopping*

Antes de pasar a analizar las diferencias de tipos fruto del deficiente proceso armonizador de estos productos, queremos hacer hincapié en cómo las características propias de este tipo de productos contribuyen a la intensificación del *cross-border shopping*.

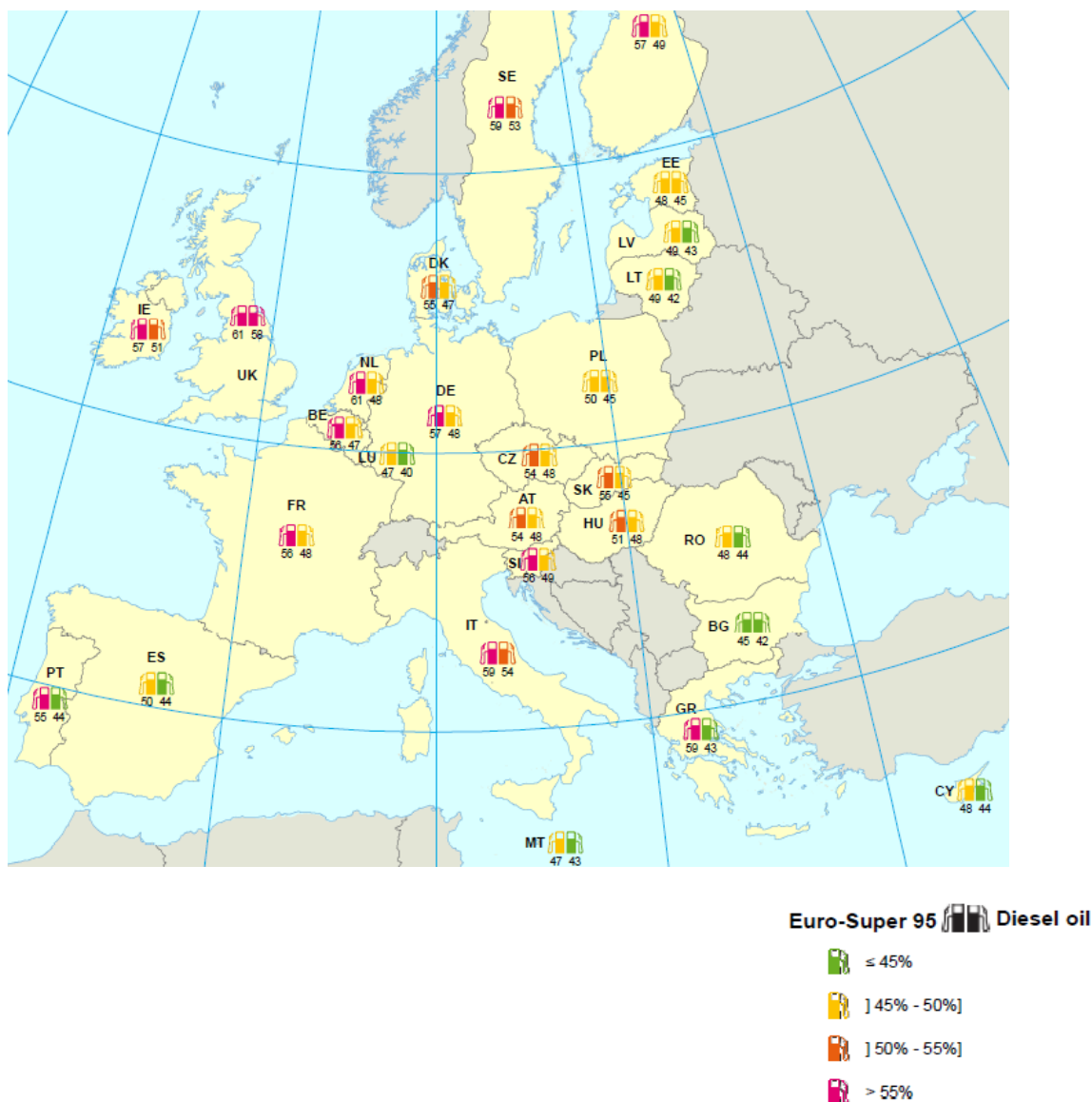
En primer lugar, las principales marcas de estos productos gozan de una gran expansión internacional, hecho especialmente presente en el tabaco y las bebidas alcohólicas. Dado que estas marcas generan cierta fidelidad y pueden encontrarse en cualquier mercado, el comprador transfronterizo no debe cambiar generalmente sus pautas de consumo y reconoce claramente las diferencias de precio.

Con los combustibles sucede exactamente lo contrario, pero con el mismo efecto. Al ser un producto prácticamente idéntico, en el que no existen diferencias marcadas de consumo en función de la “marca”, los consumidores están dispuestos a trasladarse a otra jurisdicción para adquirirlos porque saben que encontrarán un producto de similares características.

La importancia del componente fiscal en el precio final de estos productos es además muy elevada, lo que intensifica la correlación entre los cambios fiscales y la alteración de las pautas de compra. De hecho, como podremos comprobar a continuación, el importe final de los impuestos especiales suele superar el propio valor de producción del bien, integrando en ocasiones más del 50% del precio final del producto. Los dos gráficos siguientes, correspondientes a los combustibles y al tabaco constituyen un buen ejemplo de la importancia del factor impositivo en el precio de estos productos¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Como indicamos al inicio de este trabajo, para referirnos a los Estados miembros emplearemos en ocasiones las siglas oficiales establecidas por la UE. De este modo,

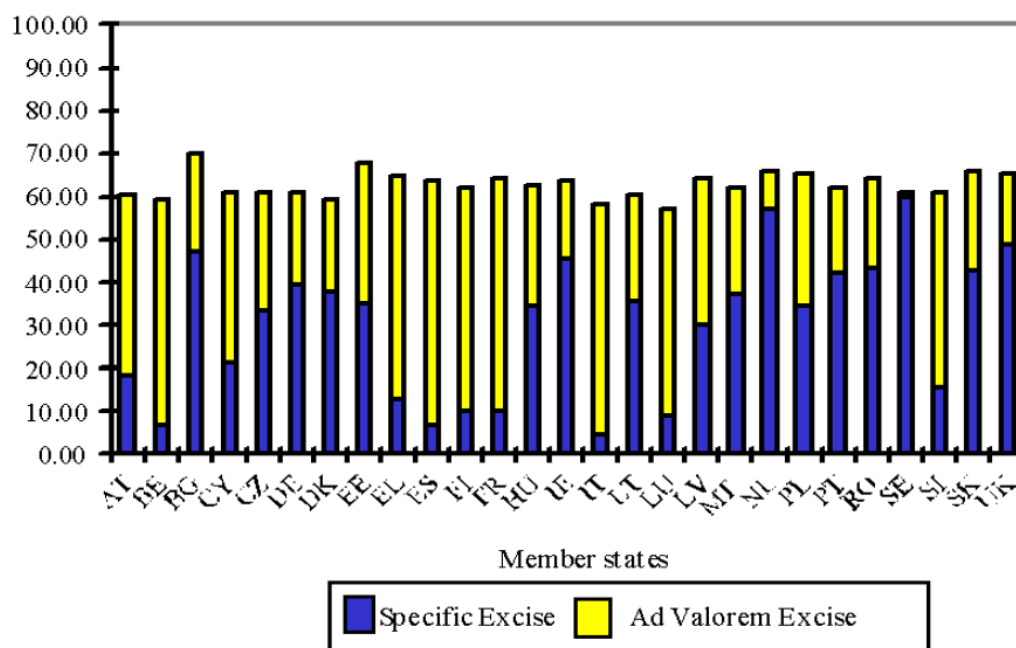
Gráfico 1 – % impuestos (IVA e IIEE) sobre el precio de venta al público de los hidrocarburos en la UE



Fuente – Comisión Europea: *Oil Bulletin* 14 de enero 2013

especialmente en los gráficos y tablas, será mucho más cómodo identificar a qué Estado hacemos referencia.

Gráfico 2 – % IIEE sobre el precio de venta al público de los cigarrillos



Fuente: *Excise Duty Tables* – Manufactured Tobacco - Julio 2012

Para explicar la intensidad con que se gravan estos productos se ha recurrido en ocasiones a argumentos extrafiscales, como la contaminación (para los hidrocarburos) o el riesgo para la salud y el orden público (para el tabaco y las bebidas alcohólicas)¹⁸⁹. Se ha planteado en ocasiones si estos

¹⁸⁹ Esta función extrafiscal es reconocida por la propia OCDE: “While the main purpose of excise duties was originally to raise revenue, they are also used to discourage consumption of certain products considered as harmful. In recent years, excise duties have increasingly been used as a means of influencing consumer behaviour in a number of areas. The case put forward in relation to alcoholic beverages and tobacco products is that drinking and smoking are health hazards and increased excise duties help to reduce consumption. For mineral oils, reasons for determining consumer behaviour reflect a mixture of energy conservation, transport and environmental issues. Over the last decade, environmental issues have also played an increasing role in determining the nature and application of excise duties and taxes on motor vehicles”. Véase: OCDE, *Consumption Tax Trends*, 2012, pág. 10. El profesor CASADO OLLERO critica el empleo del término extrafiscal, al considerarlo “una expresión vaga que apenas significa algo en sí misma” y con la que se intenta hacer referencia a “todo aquello que se aleja de la función financiera, del fin recaudatorio (fiscal) propio de la imposición”. Véase: CASADO OLLERO, G., “Los fines no fiscales de los tributos”, *Revista de derecho financiero y de hacienda pública*, Vol. 41, núm. 213, 1991, pág. 455. FORTE, por su parte, destaca críticamente el componente correctivo de estos fines extrafiscales, que pretenden rectificar las preferencias de los consumidores, gravando consumos “suntuarios” que perjudican la salud y/o el patrimonio familiar”. FORTE, F., *IVA, accise e grande mercato europeo*, Giuffrè Editore, Milano, 1990, pág. 133. Otro crítico del desorbitado argumento de la extrafiscalidad es López Espadafor, que severamente ha afirmado que: “No es correcto justificarlo todo en base al expediente de la extrafiscalidad pues la actuación de esta no puede vaciar de contenido los principios materiales

impuestos especiales tienen realmente como objetivo corregir las externalidades negativas derivadas del consumo de estos productos; si son, empleando la terminología creada en honor a Arthur Pigou, *impuestos pigovianos*¹⁹⁰.

La ausencia de una verdadera afectación de los ingresos obtenidos para paliar las externalidades generadas, así como el uso de estos impuestos para obtener ingresos rápidos, nos invitan a asegurar, como ha apuntado la doctrina, que el motivo de su existencia es eminentemente recaudatorio¹⁹¹. No hay que olvidar que la gran inelasticidad de la demanda interna de estos productos (una subida en el precio de los mismos apenas reduce su demanda en el corto plazo aunque pueda promover en el medio y largo plazo procesos de sustitución) resulta muy atractiva para los intereses financieros de los Estados.

Entre los argumentos que suelen esgrimirse para justificar la elevada presión fiscal sobre estos artículos encontramos “gravar los vicios”, “financiar el desgaste de las carreteras” o “evitar la contaminación”. Nada más lejos de la

de justicia tributaria, máxime cuando se puede probar que una desorbitada presión fiscal sobre ciertos productos no ha conseguido limitar su consumo”. Véase: LÓPEZ ESPADAFOR, C. M., “Una posible vía de aplicabilidad en materia tributaria de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Quincena Fiscal*, núm. 11, 2010. Recurso Online Westlaw BIB 2010\1010. En España, la Ley 38/1992 que transpuso las Directivas comunitarias del mismo año, ya reconocía en su exposición de motivos que la convivencia del IVA y de los impuestos especiales respondía a la consecución de ciertos fines extrafiscales: “(e)ste doble gravamen se justifica en razón a que el consumo de los bienes que son objeto de estos impuestos genera unos costes sociales, no tenidos en cuenta a la hora de fijar sus precios privados, que deben ser sufragados por los consumidores, mediante una imposición específica que grave selectivamente estos consumos, cumpliendo, además de su función recaudatoria, una finalidad extrafiscal como instrumento de las políticas sanitarias, energéticas, de transportes, de medio ambiente, etc.”.

¹⁹⁰ El objetivo de estos impuestos sería la neutralización de las externalidades negativas, permitiendo equilibrar la balanza entre el coste marginal privado para el consumidor y el coste marginal social. En principio, la puesta en práctica de la teoría exigiría que los ingresos procedentes de estos impuestos estuvieran en parte afectados a corregir dichas externalidades. Véase: PIGOU, A. C., *A Study in Public Finance*, Macmillan, Londres, 1947.

¹⁹¹ Como afirma GONZÁLEZ-JARABA, los argumentos extrafiscales no deben esconder la clara función recaudatoria de estos impuestos, especialmente en productos como los hidrocarburos en que la finalidad extrafiscal queda un tanto desdibujada. De hecho, considera el autor que “(E)n ningún otro tributo es tan evidente dicha función como en los impuestos especiales, en los que, al gravarse productos de consumo muy amplio, basta una pequeña variación al alza en los tipos para provocar un importante incremento en la recaudación”. GONZÁLEZ-JARABA, M., “Los impuestos especiales de ámbito comunitario...”, *op. cit.*, págs. 20-21. El propio legislador español ha reconocido expresamente la “finalidad esencialmente recaudatoria” de los impuestos especiales sobre las labores del tabaco y sobre los hidrocarburos en el *Real Decreto-ley 8/2009, de 12 de junio, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito, por importe total de 19.821,28 millones de euros, y se modifican determinados preceptos de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales*.

realidad; si su demanda fuera más elástica, los Estados se cuidarían de no gravarlos en exceso para que se mantuviera un nivel recaudatorio adecuado¹⁹².

En un plano teórico es verdad que la amenaza del fenómeno del *cross-border shopping* puede contribuir a reducir la tendencia de los Estados a incrementar el gravamen sobre estos productos¹⁹³. Incluso, como indicamos en la explicación económica del primer capítulo¹⁹⁴, existen regiones que pueden beneficiarse de contar con tipos más bajos que sus vecinos. No obstante, no nos cabe duda que los Estados cuentan con los datos e instrumentos econométricos más avanzados para determinar el nivel de tributación de impuestos especiales que más les conviene. Además, la presión competitiva de los Estados vecinos con menores impuestos especiales se concentra en zonas fronterizas concretas por lo que en Estados de gran tamaño, el impacto, aunque concentrado, será poco relevante como para condicionar la política fiscal general.

3.6. Conclusiones

En los impuestos especiales la Unión Europea apostó desde un primer momento por el criterio de tributación en destino, tal vez consciente de que en un horizonte cercano, no se atisbaba la posibilidad de alcanzar una verdadera aproximación de tipos.

El sistema creado en las Directivas se basa en la circulación de los productos en un régimen suspensivo, que garantiza que el gravamen no se devengará hasta el momento del despacho a consumo de los bienes. Este esquema permite el cumplimiento del criterio de territorialidad del consumo, especialmente relevante en el caso de productos cuyo uso está vinculado a un conjunto de externalidades nocivas.

¹⁹² La inelasticidad de la demanda de estos productos ocasiona además que sean los consumidores los que asuman en su mayor parte los incrementos de carga fiscal.

¹⁹³ Esta visión coincidiría con la expuesta por las teorías de la *Public Choice* y de la lucha contra el Estado Leviatán, analizadas en el capítulo primero, apartado 4.5.2.

¹⁹⁴ Capítulo primero, apartado 4.6.3.

En aplicación de este criterio, la mera tenencia de bienes sujetos a impuestos especiales en un Estado miembro en el que no hayan sido objeto de tributación, se considerará un despacho a consumo y provocará el devengo de los impuestos especiales del Estado en que se mantengan. Una aplicación rígida de este criterio eliminaría cualquier posibilidad de arbitraje fiscal.

Sin embargo, este sistema tiene una importante excepción. El artículo 32 de la Directiva 2008/118/CE establece que las compras realizadas por particulares para uso propio y transportadas por ellos mismos no se someterán a un nuevo devengo en el Estado de destino y se gravarán únicamente en el Estado de origen.

La interpretación que ha realizado el Tribunal de Justicia de los requisitos para aplicar este artículo ha sido bastante restrictiva, como no podía ser de otra manera, al tratarse de un régimen excepcional. De este modo, ha protegido a los Estados del arbitraje fiscal que podrían haber ejercido los ciudadanos de haberse legitimado la tributación en origen de las compras a distancia realizadas por particulares.

La apreciación del “uso propio” debe realizarse caso por caso, conforme a un conjunto de criterios entre los cuales destacan los niveles indicativos previstos en la Directiva para el tabaco y las bebidas alcohólicas. En contra del criterio de la Comisión, consideramos que la práctica y la coherencia jurídica exigen que la superación de estos umbrales provoque la inversión de la carga de la prueba y, por tanto, obligue al particular a demostrar la finalidad personal de la adquisición. Además, apreciamos la posibilidad de que exista una *finalidad comercial indirecta* que pueda revocar la aplicación del régimen del artículo 32 en aquellos supuestos en que el particular, aunque actúe sin ánimo de lucro *stricto sensu*, incida con su proceder sobre la competencia del sistema de impuestos especiales del que pretende sustraerse.

Las características especiales de los bienes sujetos a impuestos especiales y la importancia del componente fiscal en su precio provocan que la falta de armonización de tipos pueda incentivar, con gran facilidad, compras transfronterizas entre los particulares. En este apartado, hemos aclarado las condiciones y el volumen en que pueden realizarse estas compras para

acogerse a la tributación en origen. En definitiva, hemos delimitado el marco de acción del *cross-border shopping*.

La inexistencia de avances reales en la armonización acaba provocando, como comprobaremos posteriormente, que los Estados únicamente puedan combatir los efectos del *cross-border shopping* sobre su economía incidiendo sobre estas condiciones, principalmente limitando los importes de entrada de productos o intensificando los controles en frontera. De este modo, algunos Estados acaban actuando desproporcionadamente contra el ejercicio de una libertad fundamental.

Aunque hemos expresado nuestro descontento por los elevados umbrales admitidos dentro del uso propio, somos conscientes de que sería igualmente legítima la opción de permitir el pleno ejercicio de la libertad de circulación y no imponer ningún tipo de restricción a las compras realizadas por particulares en otros Estados miembros. Sin embargo, echamos en falta coherencia en las políticas comunitarias. De nada sirve quedarnos a medio camino entre un sistema que impulse la tributación en destino (respetando así las diferencias impositivas por medio de mayores controles) y otro que asuma la plena libertad para que los particulares tributen en origen por los bienes adquiridos en otros Estados miembros (lo que exigiría un mayor avance en la armonización de tipos). Estamos en la peor situación: en medio y sin rumbo.

En nuestra opinión, la Unión Europea ganaría en seguridad jurídica y operatividad si asumiera que existen determinados campos, como el de los impuestos especiales, en que el ejercicio de las libertades fundamentales debe estar acotado. La armonización parece una meta tan lejana que consideramos factible dibujar unos límites más claros para que los Estados puedan definir (eso sí, coherentemente) sus políticas sociales y sanitarias. De otro modo, como veremos en apartados posteriores, los Estados adoptarán unilateralmente medidas para protegerse contra una falta de armonización que, en presencia del requisito de unanimidad, es culpa de todos y de ninguno al mismo tiempo.

4. LA IMPORTANCIA DE LA ELECCIÓN DE LA BASE IMPONIBLE Y DEL TIPO DE GRAVAMEN

Evidentemente el principal incentivo para la existencia de *cross-border shopping* son las diferencias de tributación y de precio que existen entre los Estados miembros, principalmente entre aquellos que comparten una frontera geográfica. El análisis de la evolución de los tipos de los tres grupos de productos principales (bebidas alcohólicas, hidrocarburos y labores del tabaco) ofrece una serie de interesantes conclusiones. En primer lugar, hay que destacar que las labores del tabaco son, con diferencia, el producto que ha sufrido mayores cambios en su tributación, mientras que los impuestos especiales sobre las bebidas alcohólicas serían el extremo opuesto, dado que desde 1992 apenas se han realizado modificaciones. Por su parte, los impuestos especiales sobre los hidrocarburos sufrieron una importante modificación con la aprobación de la Directiva 2003/96/CE. Los intentos posteriores para actualizar esta normativa al nuevo marco comunitario han fracasado hasta ahora. Un fracaso personificado en la parálisis de la Propuesta de Directiva del Consejo que modifica la Directiva 2003/96/CE del Consejo, presentada en 2011.

Un aspecto crucial en los impuestos especiales es la elección de la base imponible. Ya hemos indicado que se suelen blandir importantes argumentos de política extrafiscal para justificar el gravamen de los productos sometidos a impuestos especiales, por lo que resultaría coherente que la base imponible de los impuestos se correspondiera con las consecuencias “dañosas” derivadas del consumo de estos productos.

En el IVA, la base imponible está constituida por el importe total de la contraprestación de la operación sujeta al impuesto¹⁹⁵, lo que podría asimilarse

¹⁹⁵ Artículo 73. Directiva 2006/112/CE

“En el caso de las entregas de bienes y las prestaciones de servicios no comprendidas entre las enunciadas en los artículos 74 a 77, la base imponible estará constituida por la totalidad de la contraprestación que quien realice la entrega o preste el servicio obtenga o vaya a obtener, con cargo a estas operaciones, del adquiriente de los bienes, del destinatario de la prestación o

al valor económico. En los impuestos especiales, en cambio, se prescinde de emplear exclusivamente este criterio del valor y se puede añadir un elemento de referencia cuantitativo que, al menos potencialmente, pueda servir como medida del carácter dañino del consumo respectivo. De este modo, la base imponible en la mayoría de las ocasiones no estará cuantificada en euros, sino en unidades físicas.

De hecho, en contra de la opinión de parte de la doctrina, se ha apostado fundamentalmente por el empleo de este criterio cuantitativo¹⁹⁶. Las consecuencias de la elección de un criterio u otro no se pueden ignorar. En el ámbito del tabaco, por ejemplo, para mitigar los efectos de emplear puramente un criterio cuantitativo se ha optado por una tributación mixta.

Las soluciones son básicamente tres. En primer lugar, el establecimiento de un impuesto específico por unidad de producto o cantidad. En segundo, la fijación de un impuesto mínimo porcentual o *ad valorem* sobre el precio de venta. La tercera opción, sería la combinación de ambos sistemas, solución ecléctica que se ha aplicado únicamente en las diferentes Directivas comunitarias relativas a las labores del tabaco. ¿Qué importancia tiene la elección de uno u otro criterio? Veamos sus efectos en tres planos fundamentales: productores, consumidores y Estado¹⁹⁷.

de un tercero, incluidas las subvenciones directamente vinculadas al precio de estas operaciones”.

¹⁹⁶ Y es que, como indica FORTE, en un sistema ideal “il riferimento appropriato della tassazione dei consumi è quello al valore económico e all’uso. L’essenza dei beni, infatti, non è nel loro peso, volumen, contenuto di una sostanza, che produce certi effetti, ma nel loro valore, risultante dal costo di produzione e dalla domanda.” FORTE, F., *IVA, accise e grande mercato europeo*, op. cit., pág. 136.

¹⁹⁷ El análisis más detallado de los efectos derivados de la elección de un criterio u otro se contiene en: KEEN, M., “The Balance between Specific and Ad Valorem Taxation”, *Fiscal Studies*, Vol. 19, núm. 1, 1998, págs. 1-37, al que nos remitimos para un análisis más profundo de la cuestión. No obstante, es frecuente en la doctrina referirse a esta dicotomía impuesto específico vs. *ad valorem*. Eso sí, las conclusiones apenas divergen. Véase, entre otros: SUNLEY, E. M., YUREKI, A. y CHALOUKKA, F. J., “The design, administration, and potential revenue of tobacco excises”, en AA.VV., *Tobacco Control in Developing Countries*, directores: Prabhat Jha y Frank Chaloupka, Oxford University Press, 2000, págs. 411-415.

4.1. Los productores

Desde el punto de vista del productor la existencia de un impuesto específico por unidad o de un impuesto proporcional *ad valorem* genera diferentes incentivos. Como impuestos específicos podemos poner como ejemplo un impuesto que establezca un gravamen de x euros por litro, kilogramos o unidades de producto. El impuesto *ad valorem* será todo aquel establecido en función del valor del bien.

Pues bien, un impuesto específico por unidad de producto puede promover el conocido como efecto mejora (*upgrading effect*), de tal modo que el productor persiga la creación de productos diferenciados o de mayor calidad¹⁹⁸. Además, la existencia de este impuesto específico reduce el diferencial relativo de precio con productos de más baja calidad y, por tanto, puede aumentar su aceptación en el mercado¹⁹⁹.

Por el contrario, un impuesto proporcional desincentiva los avances en calidad y promueve las reducciones de costes, ya que el impuesto se determina en función la calidad (entendemos, asociada al valor) del producto²⁰⁰.

¹⁹⁸ KEEN, M., "The Balance between Specific and Ad Valorem Taxation", *op. cit.*, pág 6.

¹⁹⁹ Pongamos un ejemplo para simplificar esta explicación, en el que no tendremos en cuenta el IVA. Imaginemos que los impuestos sobre el vino son de 300 euros por hectolitro. Una botella de 1 litro con un valor de 5 euros pasará a tener un precio de 8 euros; una botella de 1 euro de valor, verá su precio incrementado a 4 euros. De ser 5 veces más caro, el vino de mayor calidad ha pasado a ser solo el doble de caro. Por ello los impuestos específicos fomentan el denominado *upgrading effect*. Si hubieras establecido un impuesto por el 50% del valor, el vino de mayor calidad pasaría a costar 7,5 euros, mientras que el de menor calidad 1,50 euros. Aunque la proporción 5 a 1 se mantiene, el diferencial de precio se ha incrementado en 1 euro. Por eso aseguramos que el impuesto *ad valorem* beneficia a productos de menor valor añadido.

²⁰⁰ FORTE, F., "IVA, accise e grande mercato europeo", *op. cit.*, pág. 199-200; KEEN, M., "The Balance between Specific and Ad Valorem Taxation", *op. cit.*, pág. 5; Comisión Europea: *Tobacco or Health in the European Union. Past, present and future*, Director General de Salud y Protección de los Consumidores, 2004, pág. 78. Los mismos argumentos esgrime posteriormente el Consejo Económico y Social en su crítico Dictamen a las últimas reformas de la Unión: *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifican las Directivas 92/79/CEE, 92/80/CEE y 95/59/CE en lo referente a la estructura y a los tipos del impuesto especial que grava las labores del tabaco»*, apartado 4.4.1.

En el ámbito del tabaco, por ejemplo, en el momento de adopción de las primeras Directivas los Estados tenían muy presente la protección de sus industrias nacionales²⁰¹, por lo que existía una clara confrontación entre los Estados miembros productores de tabaco fino, de mayor calidad, que abogaban por la predominancia del componente específico; y aquellos que, como Italia o posteriormente España, producían tabacos fuertes de menor valor y defendían el sistema de tributación *ad valorem*²⁰².

4.2. Consumidores

Extendiendo a los consumidores las conclusiones alcanzadas respecto a los productores, podemos afirmar que el impuesto específico les beneficiaría en parte porque el mercado estaría configurado por una mayor variedad de productos con una mayor preocupación por la calidad. Además, con el avance de la preocupación por la salud, este sistema puede encontrar una mejor justificación dado que es la cantidad y no el valor lo que perjudica realmente al ciudadano.

En cambio, el efecto mejora asociado a la inclusión del componente específico puede volverse contra el propio consumidor. El incremento de calidad incentivado por la implantación de un impuesto específico puede hacer

²⁰¹ En un primer momento el tabaco accedía a las ayudas europeas a la par que otros productos agrícolas. Fruto de la preocupación por el desarrollo de este mercado vio la luz el *Reglamento (CEE) núm. 727/70 del Consejo, de 21 de abril de 1970, por el que se establece la organización común de mercados en el sector del tabaco crudo*, posteriormente actualizado por el *Reglamento (CEE) núm. 3075/92 del Consejo, de 30 de junio de 1992*, de igual título. En estos textos, modificados posteriormente por numerosos Reglamentos, se establece la organización común de mercados en el sector del tabaco crudo cuya regulación incluía un régimen de primas, diversas medidas de orientación y control de la producción y el régimen del comercio con terceros países. Progresivamente, sin embargo, como se recogería ya en el *Reglamento (CE) núm. 2182/2002 de la Comisión, de 6 de diciembre de 2002, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 2075/92 del Consejo en lo que se refiere al Fondo comunitario del tabaco*, la toma de conciencia respecto a los riesgos de su consumo y la paradoja de que fueran subvencionados, promoverían una reconversión de estos cultivos. Desde el año 2010 no se conceden más primas asociadas a su cultivo o producción.

²⁰² CNOSSEN, S., "How tobacco should be taxed in EU-accession countries?", *Center for Economic Studies & Ifo Institute for Economic Research*, Working Paper núm. 539, 2001, pág. 3; FORTE, F., "IVA, accise e grande mercato europeo", *op. cit.*, pág. 199.

que el precio del bien se incremente, incluso por encima del valor del impuesto, es el fenómeno conocido como *overshifting*, que ha sido confirmado por varios estudios²⁰³. Por el contrario, en relación al impuesto *ad valorem*, estos mismos estudios apuntan a la existencia de un incremento del precio final inferior al importe del impuesto, fundamentalmente causado por la reducción en la calidad y el valor de los productos²⁰⁴.

4.3. Estado

Históricamente, la principal preocupación del Estado en relación a los impuestos especiales ha sido el importe de su recaudación. En la última década especialmente, también es verdad que estos impuestos se han erigido como un instrumento efectivo en el ámbito de la salud pública y la protección del medioambiente.

La fijación de un impuesto *ad valorem* permite al Estado mantener una recaudación constante en casos de inflación, ya que cualquier subida en el precio del producto se refleja inmediatamente en una subida del impuesto²⁰⁵. No obstante, si existen guerras de precios o un cambio en la demanda de los

²⁰³ HANSON y SULLIVAN valoran este sobreprecio entre un 8 y un 17% aunque advierten que en las zonas próximas a una frontera este sobreprecio se reduce porque la demanda de los consumidores está condicionada por la posibilidad de realizar compras transfronterizas. Véase: HANSON, A. y SULLIVAN, R., "The Incidence of Tobacco Taxation: Evidence from Geographic Micro-Level Data", *Urban and Regional Analysis Group*, Working Paper núm. 9, Septiembre 2008, pág. 22. Estos resultados coinciden con los expuestos por: KEELER, T. E. y otros, "Do cigarette producers price-discriminate by state? An empirical analysis of local cigarette pricing and taxation" *Journal of Health Economics*, Vol. 15, núm. 4, 1996, pág. 510, que valoran en un 11% este sobreprecio por encima de la subida impositiva. Refuerza esta posición, aunque con resultados contradictorios para algunos Estados miembros, el estudio de DELIPALLA, S. y O'DONNELL, O., "Estimating tax incidence, market power and market conduct: The European cigarette industry", *International Journal of Industrial Organization*, núm. 19, 2001, pág. 899. Este trabajo, no obstante, también consigue confirmar la tendencia al *undershifting* del impuesto *ad valorem*.

²⁰⁴ De hecho, este sistema *ad valorem* crea un peligroso incentivo para los consumidores: reduciendo la calidad del producto (por ejemplo los filtros que purifican el tabaco) el productor asumirá una menor carga fiscal. Advierte de ello: GIL SORIANO, A., "Fiscalidad de tabaco y contrabando", *op. cit.*, págs. 40-41.

²⁰⁵ Este puede ser uno de los motivos por lo que Estados tradicionalmente inflacionistas priman la tributación *ad valorem* a la hora de configurar la estructura de sus impuestos especiales sobre las labores del tabaco.

consumidores hacia productos de gama más baja, los ingresos del Estado pueden reducirse. Por el contrario, la fijación del componente por unidad protege al Estado frente a cambios en la demanda hacia productos de menor calidad, aunque obliga a una continua actualización de tipos en caso de inflación.

5. LA TRIBUTACIÓN DE LAS LABORES DEL TABACO

El tabaco y todos sus derivados (cigarrillos, cigarros, picadura fina de tabaco para liar, etc.) es uno de los productos que históricamente se ha gravado con mayor intensidad²⁰⁶, beneficiándose así el Estado del consumo de un producto que sólo en las últimas décadas se ha comenzado a considerar una seria amenaza para la salud pública. La prueba científica de estos riesgos, si bien no ha llevado a la prohibición absoluta del tabaco, como sucede con otras sustancias adictivas, se ha empleado como excusa para un aumento general de la presión fiscal que grava su consumo y para implantar medidas que restringen su consumo en lugares públicos.

La existencia de costes sociales o externalidades asociados al consumo de tabaco exigen que la base imponible del impuesto especial no se fije atendiendo exclusivamente a su valor económico, toda vez que, como han demostrado varios estudios, el precio del tabaco no interioriza plenamente ni los costes privados para el sujeto ni los costes sociales para el Estado²⁰⁷.

²⁰⁶ De hecho, el primer impuesto sobre el tabaco de que se tiene constancia fue establecido en 1604 por Jacobo I de Inglaterra y Escocia. El impuesto, de 6 chelines y 10 peniques por cada libra de producto multiplicaba por 400 su precio de venta. Para ahondar en este y otros ejemplos históricos, les remitimos a: BERGASA PERDOMO, O., *La fiscalidad sobre el tabaco*, Fundación Altadis, 2003, págs. 35 y ss.

²⁰⁷ Destaca la necesidad de valorar con más detenimiento los costes internos de estos consumos nocivos y la posibilidad de valorarlos desde un punto de vista de mercado: CUTLER D. M. "Health Care and The Public Sector", *NBER Working Paper*, núm. 8802, 2002, págs. 83-85. En un sentido menos económico y más paternalista, el documento *Tobacco or Health in the European Union. Past, present and future*; Comisión Europea, Director General de Salud y

Aunque existen estudios que contradicen la corriente doctrinal general, consideramos que, a pesar del posible ahorro en pensiones y gasto sanitario derivado de la menor esperanza de vida de los fumadores, existen costes netos para el Estado asociados al consumo de tabaco²⁰⁸. De todos modos, si tenemos en cuenta la fácil implantación de un gravamen sobre el tabaco, por la elevada concentración de los productores, su demanda inelástica y su visión como producto nocivo, resulta lógico que los Estados se aprovechen de este producto para someterlo a una fuerte imposición²⁰⁹.

Para entender el actual esquema de tributación del tabaco debemos hacer un recorrido obligatorio por la evolución histórica de las Directivas de armonización. Al contrario que ha sucedido con las bebidas alcohólicas o los hidrocarburos, la tributación de las labores del tabaco ha sufrido importantes y continuos cambios desde las primeras Directivas. Aunque en las reformas más recientes se emplea el argumento de la protección de la salud para elevar el elenco de tipos mínimos, el principal objetivo de los primeros acuerdos era reducir los diferenciales de precio entre los Estados miembros y, de este modo, las compras transfronterizas.

Protección de los Consumidores, 2004, pág. 76: "The rationale is that not all individuals correctly account for the adverse effects of smoking behaviour on their own health and/or the risk and the costs of nicotine dependency. In this case the important role of the excise tobacco taxes would be to discourage present and future smoking behaviour." En esta misma línea véase: CNOSSEN, S., "How tobacco should be taxed in EU-accession countries?", *op. cit.*, págs. 9 y ss.

²⁰⁸ LIGHTWOOD y otros recopilan un gran conjunto de trabajos llegando a la conclusión que, salvo circunstancias excepcionales, existen costes netos asociados al consumo de tabaco para el Estado. Véase: LIGHTWOOD, J. y otros, "Estimating de costs of tobacco use", en AA.VV., *Tobacco Control in Developing Countries*, directores: Prabhat Jha y Frank Chaloupka, Oxford University Press, 2000, págs. 97-99.

²⁰⁹ Para un análisis más profundo de los argumentos sociales, sanitarios y económicos que aconsejan la intervención del Estado en el mercado del tabaco nos remitimos a: JHA, P. y otros, "The economic rationale for intervention in the tobacco market", en AA.VV., *Tobacco Control in Developing Countries*, directores: Prabhat Jha y Frank Chaloupka, Oxford University Press, 2000, págs. 153-174.

5.1. Las primeras Directivas: 72/464/CEE²¹⁰ y 77/805/CEE²¹¹

El impuesto especial sobre las labores del tabaco no solo ha sido con diferencia el que ha sufrido más modificaciones, sino que también fue el primero en ser objeto de un proceso de armonización, en concreto a través de la Directiva 72/464/CEE, en la línea marcada por los artículos 99 y 100 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea²¹².

Los motivos reales para promocionar esta armonización eran netamente económicos²¹³. Las diferencias en las estructuras de los impuestos se

²¹⁰ *Directiva del Consejo 72/464/CEE, de 19 de diciembre de 1972, relativa a los impuestos distintos de los impuestos sobre el volumen de negocios que gravan el consumo de labores del tabaco.* El objetivo principal de este primer texto era avanzar en la armonización de los diferentes impuestos que en aquel momento gravaban el consumo de las conocidas como “labores del tabaco”. No por casualidad, este impulso armonizador coincidió con la entrada en la Comunidad, el 1 de enero de 1973, de tres nuevos Estados (Irlanda, Reino Unido y Dinamarca) que se unían así a los seis Estados fundadores de la Comunidad Económica Europea.

²¹¹ *Directiva del Consejo 77/805/CEE, de 19 de diciembre de 1977, por la que se modifica la Directiva 72/464/CEE relativa a los impuestos distintos de los impuestos sobre el volumen de negocio que gravan el consumo de labores del tabaco.*

²¹² Artículo 99

“La Comisión examinará la forma en que resulte posible armonizar, en interés del mercado común, las legislaciones de los distintos Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, los impuestos sobre consumos específicos y otros impuestos indirectos, incluidas las medidas compensatorias aplicables a los intercambios entre los Estados miembros. La Comisión formulará propuestas al Consejo, que decidirá por unanimidad, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 100 y 101.

Artículo 100:

El Consejo adoptará, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común.

La Asamblea y el Comité Económico y Social serán consultados sobre aquellas directivas cuya ejecución implique, en uno o varios Estados miembros, la modificación de disposiciones legales.”

²¹³ De hecho, como veremos más adelante, hasta la Directiva 2010/12/UE del Consejo de 16 de febrero de 2010, segundo considerando, no se incluye el objetivo de garantizar un elevado nivel de protección de la salud pública como un argumento para promocionar la armonización de los impuestos sobre el consumo de labores del tabaco. Curiosamente, en el Reino Unido sí existía con anterioridad un sistema por el que se gravaban con mayor intensidad los cigarrillos más dañinos para la salud, pero la obligada armonización de los tipos y la imposibilidad de fijar un tratamiento diferencial para diferentes tipos de cigarrillos (artículo 4.2 de la Directiva 72/464) solo permitió una prórroga hasta el 31 de diciembre de 1980, prevista en la Directiva 77/805.

consideraba que constituían un obstáculo a la libre circulación y amenazaban con falsear las condiciones de competencia, en especial en el mercado comunitario de cigarrillos; el producto más consumido con diferencia dentro de la amplia gama de productos derivados del tabaco (cigarrillos, puros o cigarros, picadura fina de tabaco, etc.).

En pos de esta armonización, la primera Directiva abogaba por que este producto tributara conforme a un impuesto especial dual, con un componente proporcional o *ad valorem* sobre el precio máximo de venta al por menor y un componente específico que podría fijar cada Estado conforme a los criterios de la Directiva²¹⁴. Este esquema dual se ha mantenido en las sucesivas Directivas hasta hoy y, como indicamos anteriormente, trae causa de la heterogeneidad de los intereses estatales, divididos entre aquellos productores de tabaco de baja calidad que apostaban por el sistema proporcional y aquellos importadores que preferían un sistema de tributación por unidad.

La dificultad para concluir una armonización inmediata de las estructuras de este impuesto especial se hizo patente cuando la Directiva optó por una adaptación en diversas etapas²¹⁵. El principal objetivo de la primera etapa era la armonización de la imposición sobre los cigarrillos. En concreto, se establecía que el componente específico, que se fijaría en relación a la clase de precio más solicitada, podría oscilar entre el 5% y el 75% del importe total de los impuestos especiales (considerando en conjunto el componente específico y el proporcional)²¹⁶. Este amplísimo abanico es una de las

Sin duda alguna, con la capacidad actual para identificar y medir los componentes nocivos del tabaco, este sistema sería más coherente con los objetivos de protección de la salud.

²¹⁴ El resto de las labores del tabaco estarían gravados por un impuesto especial único. Conforme al artículo 2 de la Directiva 72/464 el consumo de las labores del tabaco solo puede gravarse con el IVA y con el impuesto especial regulado en esta Directiva.

²¹⁵ Esta primera etapa de armonización debería concluir el 1 de julio de 1975, veinticuatro meses después de la fecha límite para la aplicación de la Directiva. Excepcionalmente, dada su reciente incorporación, el Reino Unido e Irlanda podían retrasar hasta el 31 de diciembre de 1977 la entrada en vigor de esta Directiva. En principio, antes del 1 de julio de 1974, con un plazo de doce meses, el Consejo adoptaría una nueva Directiva que determinaría los criterios aplicables a las subsiguientes etapas. No obstante, el propio articulado de la Directiva (artículo 1.4) facultaba al Consejo para que pospusiera el paso a la siguiente etapa de armonización y exigía además una concreta propuesta de la Comisión al respecto. En la práctica la existencia de este mecanismo permitió que la primera etapa se prorrogara por sucesivas Directivas, cuyo único contenido era facultar para dicha prórroga, hasta el 31 de diciembre de 1977.

²¹⁶ Artículo 8.2 Directiva 72/464.

principales causas de las grandes diferencias en los esquemas de tributación de los Estados miembros, ya que se ha mantenido prácticamente invariable en las sucesivas Directivas.

Cinco años después, el Consejo aprobó la Directiva 77/805/CEE que daba paso a la segunda etapa en el proceso armonizador de los impuestos especiales sobre las labores del tabaco, aunque lo hacía incidiendo de nuevo únicamente en la tributación de los cigarrillos. La principal novedad fue que la horquilla de valores entre las que podía oscilar el impuesto especial específico sobre los cigarrillos, dejó de tener como referencia el total de los impuestos especiales, para pasar a emplear el total de impuestos, incluyendo de este modo el IVA dentro de la ecuación²¹⁷. Dado que se ampliaba de modo ostensible el denominador, la horquilla para determinar el valor del impuesto específico se situaba entre el 5% y el 55% de la carga fiscal total. Esta Directiva se mantuvo vigente hasta 1992 tras sucesivas prórrogas, dada la imposibilidad de alcanzar un acuerdo para seguir avanzando en el proceso armonizador²¹⁸.

5.2. La llegada del mercado único, un paso adelante en la armonización

El 1 de enero de 1993 entraba plenamente en vigor el tratado de Maastricht y la subsiguiente eliminación de las aduanas interiores en la Comunidad, lo que constituía el paso definitivo hacia la construcción del

²¹⁷ En concreto, la Directiva 77/805, de la cual no existe versión en español, justifica este cambio de criterio en el hecho de que “the turnover tax on cigarettes has the same effect as a proportional excise duty and this fact should be taken into account when the ratio between the specific component of the excise and the total tax burden is being established”.

²¹⁸ La existencia de una estructura común del impuesto, con una imposición específica por unidad y otra *ad valorem* no garantizaba una verdadera aproximación de tipos entre los Estados miembros, de hecho, ni siquiera garantizaba una comunión de objetivos. Por ello era lógico que hubiese dificultades para alcanzar un acuerdo sobre cuál sería el próximo paso. De hecho, la Comisión, como hizo ver en la Comunicación . “Completing the internal market” COM (85) 310 final (apartado 214, pág. 53), abogaba por la fijación de bandas de tipos para los impuestos especiales y no solo un tipo mínimo.

mercado único²¹⁹. El riesgo de que se desataran con mayor intensidad procesos de *cross-border shopping* impulsó una armonización más intensa de los impuestos especiales, hecho que se vio reflejado en la aprobación de la Directiva *horizontal*, 92/12/CEE, y las respectivas Directivas *verticales*, sobre el alcohol, los hidrocarburos y las labores del tabaco.

En los que respecta al tabaco, la Directiva 92/78/CEE²²⁰ introdujo como novedad el trato diferenciado a la picadura fina de tabaco para liar²²¹, mientras que las Directivas 92/79/CEE²²² y 92/80/CEE²²³ establecieron por primera vez un impuesto mínimo global sobre todas las labores del tabaco²²⁴. El proceso de revisión posterior de estas Directivas llevó a sucesivas modificaciones de las mismas. Mientras que la primera fue casi testimonial, de la mano de la Directiva 99/81/CE²²⁵, la reforma realizada por la Directiva 2002/10/CE²²⁶ merece un análisis aparte.

²¹⁹ Como afirmaba la doctrina, en cierta medida preocupada ante los escasos avances producidos en los últimos años de la década de los 80, lo realmente importante era llegar a la “data terminale” de 1992 con los mayores problemas resueltos (y no necesariamente todos), para poder eliminar las aduanas interiores entre los Estados miembros. FORTE, F., “IVA, accise e grande mercato europeo”, *op. cit.* pág. 233.

²²⁰ Directiva 92/78/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992 por la que se modifican las Directivas 72/464/CEE y 79/32/CEE relativas a los impuestos distintos de los impuestos sobre el volumen de negocios que gravan el consumo de las labores del tabaco.

²²¹ La demanda de este producto había crecido mucho en los últimos años y se había erigido como un verdadero sustitutivo de los cigarrillos, sobre todo porque su liviana imposición creaba un diferencial de precio que hacía optar a no pocos consumidores por este modo de consumir tabaco. Esta intensificación de su consumo y su especial vinculación a la demanda de cigarrillos exigía un trato diferencial para poder establecer una imposición también diferenciada respecto a las demás labores del tabaco.

²²² Directiva 92/79/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992 relativa a la aproximación de los impuestos sobre los cigarrillos.

²²³ Directiva 92/80/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aproximación de los impuestos sobre el tabaco elaborado, excluidos los cigarrillos.

²²⁴ En relación a los cigarrillos, la Directiva 92/79/CEE fijaba un impuesto especial mínimo global para la categoría de precio más demandada (suma del componente específico y del *ad valorem*, excluido el IVA) de al menos el 57% del precio de venta. Un límite que por entonces solo afectaba en la práctica a Portugal y España. Respecto a las demás labores del tabaco, la Directiva 92/80/CEE imponía un impuesto mínimo, bien por cantidad (entonces ecus por kg), bien por su valor (un determinado porcentaje sobre el precio de venta al por menor incluidos todos los impuestos): para los puros y cigarrillos: 5 % del precio de venta al por menor incluidos todos los impuestos o 7 ecus las 1 000 piezas o por kg; picadura fina de tabaco destinada a liar cigarrillos: 30 % del precio de venta al por menor incluidos todos los impuestos o 20 ecus por kg; para los demás tabacos de fumar: 20 % del precio de venta al por menor incluidos todos los impuestos o 15 ecus por kg.

²²⁵ Directiva 1999/81/CE del Consejo de 29 de julio de 1999 por la que se modifica la Directiva 92/79/CEE relativa a la aproximación de los impuestos sobre los cigarrillos, la Directiva 92/80/CEE relativa a la aproximación de los impuestos sobre el tabaco elaborado, excluidos los

5.3. La Directiva 2002/10/CE y la posición del Comité Económico y Social Europeo

La Directiva 2002/10/CE introdujo por primera vez un importe mínimo en euros para el impuesto especial sobre los cigarrillos: 60 euros por cada 1000 cigarrillos hasta el 1 de julio de 2006 y de 64 euros en adelante²²⁷. El verdadero objetivo de este umbral, dado su mínimo impacto sobre los antiguos Estados miembros, era preparar el campo para la cercana adhesión de los nuevos Estados, que comenzaban a incorporarse pocos meses después²²⁸.

cigarrillos, y la *Directiva 95/59/CE relativa a los impuestos sobre el volumen de negocios que gravan el consumo de labores del tabaco*. El objetivo fundamental de esta Directiva fue conceder a los Estados cierto margen para adaptarse a un cambio en el precio de la “categoría de precio más solicitada” de cigarrillos que hiciera descender la incidencia del impuesto por debajo del límite del 57%, bien por un cambio en su coste o en el IVA aplicable. Esta flexibilización se incluirá mediante la inserción de un artículo 2 bis a la Directiva 92/79. En relación a las demás labores del tabaco, aunque se mantuvieron los porcentajes mínimos sobre el precio de venta, se elevó el importe por kg o unidades para todas las labores del tabaco. En el caso de los puros y cigarrillos hasta 9 euros las 1.000 unidades o el kg, para la picadura fina de tabaco 24 euros por kg, los demás tabacos de fumar 18 euros el kg. Además a partir del 1 de enero de 2001 estos tres importes mínimos se elevaban a 10, 25 y 19 euros respectivamente.

²²⁶ *Directiva 2002/10/CE del Consejo de 12 de febrero de 2002 por la que se modifica la Directiva 92/79/CEE, la Directiva 92/80/CEE y la Directiva 95/59/CE en lo referente a la estructura y a los tipos del impuesto especial que grava las labores del tabaco.*

²²⁷ La Propuesta original de Directiva proponía una cifra de 70 euros por 1.000 cigarrillos. *Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 92/79/CEE, la Directiva 92/80/CEE y la Directiva 95/59/CE en lo referente a la estructura y a los tipos del impuesto especial que grava las labores del tabaco*, COM (2001) 133 final, de 14 de marzo de 2001.

²²⁸ Para salvaguardar los intereses de los Estados que ya aplicaban un elevado nivel impositivo sobre los cigarrillos, la Comisión propuso que aquellos Estados que ya aplicaran una carga superior a 100 euros por cada 1.000 cigarrillos quedaran eximidos de seguir adaptándose a la regla del 57% (cláusula de escape). La Directiva 2002/10/CE redujo finalmente el umbral para aplicar la cláusula de escape hasta 95 euros, aunque a partir del 1 de julio de 2006 exigiría una incidencia mínima de 101 euros por cada 1.000 cigarrillos para aplicar esta excepción. En la práctica, esta excepción únicamente era aplicable a Suecia, aunque Dinamarca tras su reducción de tipos en el 2004 también entró por debajo de este porcentaje y la aplicó. Se confirma así la tendencia de las Directivas a instaurar excepciones, aparentemente genéricas, pero con destinatarios prácticamente predefinidos. Además, la Directiva acogió la propuesta de la Comisión de ampliar el importe del impuesto mínimo sobre los cigarrillos que podían aplicar los Estados a todas las categorías de precio hasta el 100% (frente al 90% anterior) del impuesto aplicado a la categoría de precio más solicitada. De este modo, los Estados tenían más margen para luchar contra eventualidades como una guerra de precios o la aparición de cigarrillos de menor gama que, incluso, pudieran incentivar a los jóvenes a fumar. De todos modos, en los diferentes Tratados de Adhesión se concedieron largos periodos de adaptación a algunos de los nuevos Estados miembros. A la República Checa y Eslovenia: 31 de diciembre de 2007. Para Polonia, Hungría y Eslovaquia: 31 de diciembre de 2008. Por último, Letonia, Lituania y Estonia: 31 de diciembre de 2009.

La otra apuesta fundamental de la Directiva 2002/10/CE fue avanzar en la equiparación de la picadura fina de tabaco con los cigarrillos, dado que ésta había comenzado a adquirir una gran relevancia como producto sustitutivo²²⁹. A juicio de la Comisión, las grandes diferencias de imposición sobre esta labor del tabaco entre los Estados miembros incrementaban el peligro de contrabando y potenciaban las compras transfronterizas, distorsionando el mercado interno²³⁰. Hasta la Directiva 2002/10/CE el impuesto mínimo podía configurarse alternativamente entre un 30% del precio de venta al por menor o 25 euros por kilogramo, muy por debajo del doble requisito (acumulable y no alternativo) del 57% y de los 60 euros por cada 1.000 cigarrillos²³¹. El objetivo era alcanzar, mediante un acercamiento progresivo, hasta dos tercios de la incidencia mínima del impuesto especial para los cigarrillos: el 39% de porcentaje mínimo o 33 euros por kg, para lo que proponía una adaptación gradual. Finalmente, la reticencia de algunos Estados limitó el alcance de esta convergencia y la Directiva, en diferentes fases, apenas elevó el importe de

²²⁹ En concreto, en el primer periodo de vigencia de la Directiva (2002-2004), en una muestra de 12 Estados miembros, se comprobó una caída del consumo de cigarrillos del 12% y un incremento del consumo de picadura fina de tabaco del 20%. Véase: *Comisión Europea, Estudio externo TAXUD/2004/DE/313, Study on the collection and interpretation of data concerning the release for consumption of cigarettes and fine-cut tobacco for the rolling of cigarettes, KPMG, 27 de diciembre de 2005*, pág. 96. De hecho, en los países del centro de Europa era un producto muy consolidado ya en el año 2002, con cifras de consumo casi equiparables a los cigarrillos en Luxemburgo, Bélgica o los Países Bajos.

²³⁰ En palabras de la Comisión: “Las diferencias sustanciales de los niveles impositivos entre los diferentes Estados miembros para la picadura fina de tabaco destinada a liar cigarrillos, combinadas con las importantes diferencias de los precios libres de impuestos, estimulan el contrabando entre países vecinos y originan distorsiones del mercado interior”. Véase: *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la estructura y los tipos de los impuestos especiales que gravan los cigarrillos y otros productos elaborados del tabaco*. COM (2001) 133 final, apartado 2.28. Nos resulta contradictorio ciertamente que la Comisión hable de distorsiones al mercado interior ocasionadas por las compras transfronterizas (hecho que consideramos cierto) a la par que el mismo documento (apartado 2.4) avala la legitimidad de estas compras, aun consciente de la dificultad para su control: “las importantes diferencias en los precios de venta al por menor en la Unión Europea incitan a la población a comprar en Estados miembros en los que los impuestos son bajos artículos que luego consumen en el Estado en el que viven, con frecuencia un Estado con impuestos elevados. Esto es perfectamente legítimo y, de hecho, constituye una de las ventajas del mercado interior, siempre que los productos sean adquiridos por los individuos para satisfacer sus necesidades personales. Sin embargo, pueden surgir problemas graves cuando el cruce de fronteras se hace más frecuente y las cantidades transportadas exceden las necesidades del comprador”. Al final, la Comisión reconoce que: “corresponde en cierta medida a los Estados miembros con tipos impositivos elevados resolver este problema reduciendo sus tipos nacionales y/o haciendo más estrictos sus controles” (apartado 2.28).

²³¹ Partimos de una equiparación aproximada entre 1 kg de tabaco de liar y 1.000 cigarrillos.

ambos límites (que continuaban siendo alternativos) al 36% del precio de venta al por menor o a 32 euros por kg²³².

Aunque el camino hacia la convergencia de tipos parecía la única vía, no faltaban voces críticas en el seno de la Unión respecto al método empleado, escenificadas especialmente en los informes el Comité Económico y Social²³³. En lo que a nosotros respecta, resulta indudable que en el ámbito del mercado interno la aproximación progresiva de los tipos entre los Estados miembros reducirá las oportunidades de compras transfronterizas. Sin embargo, también es verdad que pone a los pies de los caballos a los Estados con fronteras extracomunitarias e incentiva la entrada fraudulenta de productos falsificados o ilegales desde terceros Estados. Por ello, compartimos la preocupación de que la lucha contra el fraude debe ir en paralelo a una armonización tendente al incremento de los tipos²³⁴. Igualmente, compartimos con el CESE la crítica a la falta de previsión sobre los potenciales efectos que en algunos Estados pudiera tener el aumento de precios generado por la brusca alza de tipos²³⁵.

²³² Artículo 2 de la Directiva 2002/10/CE que modifica el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 92/80/CEE. Dichos límites no se aplicarían hasta el 1 de julio de 2004. Entre los 15-UE solo dos Estados tuvieron que modificar sus tipos para adaptarse a esta reforma: Luxemburgo y Portugal. Los nuevos Estados miembros sí tuvieron que adaptarse en bloque a estas medidas. Véase: *Study on the collection and interpretation of data concerning the release for consumption of cigarettes and fine-cut tobacco for the rolling of cigarettes*, op. cit., págs. 35-90.

²³³ *Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 92/79/CEE, la Directiva 92/80/CEE y la Directiva 95/59/CE en lo referente a la estructura y a los tipos del impuesto especial que grava las labores del tabaco»* 8 de febrero de 2002. El informe cuestiona seriamente la oportunidad de las medidas adoptadas para mejorar el funcionamiento del mercado interior, combatir el fraude o mejorar la salud de los consumidores.

²³⁴ Apartado 3.2.1, Dictamen CESE 2002.

²³⁵ Bien es verdad que el análisis realizado por el CESE era respecto a la propuesta de la Comisión de fijar un importe mínimo de 70 euros por 1000 cigarrillos, importe que posteriormente la Directiva 2002/10 dejaría en 64 y con un periodo de adaptación flexible. De todos modos, está claro que los Estados más perjudicados serían aquellos que privilegiaban el componente proporcional (frente al impuesto específico) lo que, a pesar de estar en línea con las nuevas directrices de protección de la salud promovidas a nivel internacional para desincentivar el consumo de tabaco, lastraría el consumo en mayor medida en aquellos Estados con una menor renta per cápita, que son aquellos que optan generalmente por prima el componente proporcional. Igualmente, el aumento de la tributación del tabaco de liar podría incrementar la entrada fraudulenta de tabaco desde fuera de la Unión, a la par que perjudicaría a los consumidores con menor poder adquisitivo que habían optado por este producto ante el encarecimiento de los cigarrillos.

En cambio, rechazamos la interpretación de las compras transfronterizas realizada por el CESE²³⁶ (y que ya en su momento realizó la propia Comisión), que las considera un elemento de dinamismo del sistema. Muy al contrario, las vemos en todo caso como un “mal menor” o una “realidad incómoda”, pero el hecho de que las diferencias fiscales orienten y distorsionen el mercado, especialmente en zonas fronterizas, nunca se podrá considerar un elemento de dinamismo, sino un fallo del mercado. Resulta ilógico que se presuma de un sistema que supone un ataque frontal a la libre competencia entre operadores comerciales y que, no lo olvidemos, constituye una excepción al principio general de tributación en destino previsto para los productos sujetos a impuestos especiales.

Aunque somos firmes partidarios de fomentar que los particulares realicen sus compras en otros Estados miembros, carece de cualquier lógica productiva y competitiva que alentemos que estas compras se hagan por motivos estrictamente fiscales, como sucede en la actualidad.

La defensa que realiza el CESE de las compras transfronterizas²³⁷ no es de recibo para productos sujetos a impuestos especiales, ya que sus características son muy diferentes a “otros sectores de la economía” con los que pretende compararlos, en los que las compras transfronterizas son un ejemplo de competencia saludable y beneficiosa.

Somos partidarios de que se refuerce la función extrafiscal de estos tributos, especialmente del tabaco. De hecho, consideramos que puede y debe ser el punto de partida para construir un sistema que refuerce la tributación en destino con una más clara afectación de los ingresos por estos impuestos al lugar de consumo, donde se genera realmente el gasto sanitario. Si los efectos dañinos sobre la salud son soportados por un Estado miembro que no obtiene

²³⁶ “Conviene recordar, por un lado, que estas compras son enteramente legales (siempre que se respeten las cantidades previstas por la Directiva 92/12/CEE) y que, por otro, no se trata de un problema de mercado interior sino que, por el contrario, representa un signo de dinamismo y de funcionamiento apropiado”. Apartado 3.2.2, Dictamen CESE 2002.

²³⁷ Considera el Dictamen en su apartado 3.2.2.1 que “no es posible achacar estas compras únicamente al diferente tratamiento fiscal existente entre dos Estados miembros, sino que otros factores de interacción también pueden influir”. Los múltiples estudios económicos demuestran que la similitud transfronteriza de estos productos elimina casi por completo otros factores que, al margen del fiscal, pueden incentivar una compra transfronteriza persistente de estos artículos sujetos a impuestos especiales.

los correlativos impuestos especiales, bien por contrabando, bien por la existencia de intensas compras transfronterizas, estamos poniendo en cuestión la autonomía de los Estados para decidir y perseguir el éxito de su política social y sanitaria²³⁸.

Ante la falta de medidas a nivel comunitario, es lógico que algunos Estados se tomen la justicia por su mano y presionen con controles y otras medidas restrictivas para reducir esta distorsión sobre el funcionamiento del mercado interno²³⁹. No obstante, debemos ser exigentes con la coherencia y proporcionalidad de las medidas estatales. Para legitimar medidas restrictivas de la libertad de los consumidores consideramos imprescindible:

- que se avance en la afectación de parte de los ingresos fiscales a mitigar y prevenir los daños de estos consumos (principalmente en materia de sanidad y medio ambiente);
- que se implementen políticas coherentes para reducir su consumo;
- que no se empleen los impuestos como principal instrumento disuasorio;
- que no se utilicen los impuestos como herramienta de financiación cortoplacista;
- que se realicen movimientos claros en favor de la armonización.

Por desgracia, como veremos al examinar las medidas restrictivas unilaterales aplicadas por los Estados miembros, estas están más orientadas a proteger su recaudación y los intereses de los comerciantes cercanos a la frontera, que a combatir los efectos dañinos de estos consumos.

²³⁸ Recordamos las palabras del AG Poiars Maduro expuestas anteriormente y que, por comodidad del lector, reproducimos de nuevo: “un Estado miembro está facultado, para adoptar medidas que le permitan evitar que fracase su política fiscal de imposición sobre las labores del tabaco. Si los residentes de este Estado pudieran trasladarse fácilmente a países terceros que practican un nivel de imposición notablemente inferior sobre los cigarrillos (...) y comprar e importar estos productos a un precio mucho más bajo, la eficacia de esa política fiscal de disuasión del consumo de cigarrillos resultaría claramente afectada”. Conclusiones del AG Poiars Maduro, asunto C-140/05, *Amalia Valeško*, 4 de mayo de 2006, apartado 36.

²³⁹ Aparte de las excepciones permitidas por las Directivas, al final del capítulo examinaremos un conjunto de medidas unilaterales que persiguen fundamentalmente proteger los intereses recaudatorios de los Estados (apartado 9 de este mismo capítulo).

5.4. El régimen vigente

El plazo de cuatro años para la revisión del régimen establecido mediante la Directiva 2002/10 se alargó hasta el 16 de julio de 2008 en que la Comisión presentó una nueva propuesta de Directiva²⁴⁰. El principal objetivo de este nuevo texto era adaptar los impuestos especiales sobre las labores del tabaco a la nueva (esta vez más que nunca) realidad de la Unión, tras finalizarse la ampliación a 27 Estados. El proceso de negociación de su definitiva aprobación por el Consejo se alargó hasta el 16 de febrero de 2010, en que tomó forma a través de la Directiva 2010/12/UE²⁴¹.

Aunque posteriormente se ha aprobado la Directiva 2011/64/UE²⁴², esta tiene como único fin la codificación de las Directivas anteriores. Es por tanto en la Directiva 2010/12 donde se configura realmente el régimen vigente y dónde se sientan las bases del proceso de armonización en los próximos años.

5.4.1. Los objetivos de la reforma

Como novedad, uno de los principales objetivos de la última reforma de los impuestos especiales sobre las labores del tabaco es la preocupación por la protección de la salud²⁴³. De hecho, ya en 2005 la UE se adhirió al Convenio

²⁴⁰ *Propuesta Directiva del Consejo por la que se modifican las Directivas 92/79/CEE, 92/80/CEE y 95/59/CE en lo referente a la estructura y a los tipos del impuesto especial que grava las labores del tabaco*, COM (2008) 459 final 16 de julio de 2008. Los argumentos de la Comisión para promover un nuevo cambio en la imposición sobre el tabaco se expusieron con claridad en el *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativo a la estructura y a los tipos del impuesto especial que grava los cigarrillos y otras labores del tabaco*, COM (2008) 460 final, de 16 de julio de 2008.

²⁴¹ *Directiva 2010/12/UE del Consejo de 16 de febrero de 2010 por la que se modifican las Directivas 92/79/CEE, 92/80/CEE y 95/59/CE, en lo referente a la estructura y a los tipos del impuesto especial que grava las labores del tabaco, y la Directiva 2008/118/CE.*

²⁴² *Directiva 2011/64/UE del Consejo de 21 de junio de 2011 relativa a la estructura y los tipos del impuesto especial que grava las labores del tabaco.*

²⁴³ Aunque ya existían estudios anteriores que advertían sobre el serio riesgo para la salud que suponía el consumo de tabaco, hasta la Directiva 2002/10 no se mencionó por primera vez de modo expreso la finalidad extrafiscal de los tributos sobre el tabaco como factor de protección de la salud. Eso sí, se hizo de forma un tanto genérica en su séptimo considerando en el que,

Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco (CMCT), en cuyo artículo 6 se enumeran una serie de medidas de índole fiscal que pueden coadyuvar a alcanzar los objetivos de reducir el consumo de tabaco²⁴⁴.

El objetivo de la Comisión era mantener las cifras de reducción del consumo de cigarrillos en la UE-27 del periodo 2002-2006, alrededor del 10%²⁴⁵. Para mantener esta caída, conforme a las estadísticas barajadas por el Banco Mundial, se necesitaría un incremento de precios del 25%²⁴⁶, lo cual,

además, se justifica la equiparación de trato entre los cigarrillos y la picadura fina de tabaco para liar: “El Tratado requiere que la definición y puesta en práctica de todas las políticas y actividades comunitarias garanticen un elevado nivel de protección de la salud humana. Los cigarrillos y la picadura de tabaco para liar cigarrillos son dañinos para la salud de los consumidores. El nivel de los impuestos es un factor importante en el precio de los productos del tabaco, que a su vez influye en los hábitos de fumar de los consumidores. Por esta razón, es necesario aproximar gradualmente los tipos mínimos que gravan la picadura fina de tabaco para liar cigarrillos al tipo mínimo que grava los cigarrillos”.

²⁴⁴ Artículo 6 Medidas relacionadas con los precios e impuestos para reducir la demanda de tabaco:

“1. Las Partes reconocen que las medidas relacionadas con los precios e impuestos son un medio eficaz e importante para que diversos sectores de la población, en particular los jóvenes, reduzcan su consumo de tabaco.

2. Sin perjuicio del derecho soberano de las Partes a decidir y establecer su propia política tributaria, cada Parte tendrá en cuenta sus objetivos nacionales de salud en lo referente al control del tabaco y adoptará o mantendrá, según proceda, medidas como las siguientes:

a) aplicar a los productos de tabaco políticas tributarias y, si corresponde, políticas de precios para contribuir al logro de los objetivos de salud tendentes a reducir el consumo de tabaco; y

b) prohibir o restringir, según proceda, la venta y/o la importación de productos de tabaco libres de impuestos y libres de derechos de aduana por los viajeros internacionales.

3. De conformidad con el artículo 21, en sus informes periódicos a la Conferencia de las Partes, éstas comunicarán las tasas impositivas aplicadas a los productos de tabaco y las tendencias del consumo de dichos productos”

²⁴⁵ En concreto la reducción en el despacho de cigarrillos en la EU-27 es del 13%. No obstante, esta cifra se matiza con las entradas extracomunitarias, que se estiman en un optimista 3% del consumo total de cigarrillos. De todos modos, hay que tener en cuenta dos factores de este descenso. En primer lugar, que estas cifras oscilan mucho entre los Estados miembros (por ejemplo, cayó por encima del 30% en Alemania o Francia, mientras que creció de media en los Estados recién incorporados) y que paralelamente el consumo de picadura de tabaco creció en un 10%, lo que confirma su carácter de producto sustitutivo de los cigarrillos.

²⁴⁶ Para la Unión Europea se han realizado pocos estudios transversales sobre la elasticidad de la demanda de cigarrillos, posiblemente ante la dificultad de extrapolar una cifra común ante las grandes diferencias nacionales. El estudio *Economic Aspects of smoking in Europe*, European Network For Smoking Prevention, Bruselas, 2002, recoge las cifras de los Estados participantes que, si bien no son comparables entre sí dado que pertenecen a diferentes periodos de tiempo, sí que nos ofrecen una información genérica sobre el umbral aproximado de esta elasticidad: Reino Unido -0,36 (1972-2000), Italia -0,30 (1970-2001), Portugal -0,29 (1980-2000), España -0,32 (1965-1995), Grecia -0,27 (1987-1998). En una cifra similar, -0,4, lo estima el estudio: TOWNSEND J. *Tobacco price and the smoking epidemic. Smoke-free Europe*: 9, OMS; Ginebra, 1988, en el que analiza 27 países europeos. El Banco Mundial estima esta elasticidad de la demanda en una cifra muy similar, -0,43, que es la referencia que acaba

dada su mayor exposición a cambios en los precios, podría contribuir a su vez a la reducción del consumo entre los más jóvenes.

Dentro de este nuevo marco, la fijación de un importe monetario mínimo y un nivel impositivo mínimo para todos los cigarrillos vendidos en la UE se consideraba el instrumento más eficaz para alcanzar los objetivos de reducción del consumo. A la par, la existencia de este tipo mínimo constituía una “red de seguridad” para aquellos Estados que deseaban implementar políticas más estrictas en relación a la protección de la salud, ya que reduciría el riesgo de que dichos programas se vean amenazados por una mayor intensidad de compras transfronterizas. En opinión de la Comisión, en cambio, aumentaría el riesgo de contrabando desde terceros Estados²⁴⁷.

A continuación, vamos a enumerar los aspectos fundamentales del marco de la tributación dibujado por la Directiva 2010/12/UE y actualmente plasmado en la Directiva 2011/64/UE. Por eficiencia, nos centraremos en los dos productos fundamentales, los cigarrillos y la picadura fina de tabaco para liar²⁴⁸.

tomando la Comisión para realizar sus cálculos de modo tal que para alcanzar la citada reducción del 10% en el consumo de cigarrillos el precio debe incrementarse un 25%. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la elasticidad de la demanda del tabaco varía mucho entre los Estados en vías de desarrollo y los países más desarrollados. De hecho publicaciones vinculadas al Banco Mundial estiman que en los Estados con ingresos bajos o medios esta elasticidad alcanza el -0.8, lo que significa que un aumento en el precio del 10% reduciría la demanda en un 8%. La principal razón para esta diferencia es el escaso poder adquisitivo de los consumidores en los países en desarrollo. Véase: BUMP, J. B. y otros, “Towards a Political Economy of Tobacco Control in Low- and Middle-Income Countries”, *HNP discussion paper*, 2009, pág. 44. En el mismo sentido, BOZICEVIC, I., GILMORE, A. y ORESKOVIC, S., “The Tobacco Epidemic in South-East Europe. Consequences and Policy Responses”, *HNP Discussion Paper*, Marzo 2004, pág. 67. En Estados Unidos sí existe un gran abanico de estudios que se han ocupado de calcular la elasticidad de la demanda del tabaco, como resumen, GALLET y LIST, a través del análisis de 86 estudios, estimaron una media de esta elasticidad muy similar a la europea: -0,48. Véase: GALLET, C. A. y LIST, J. A., “Cigarette demand: a meta-analysis of elasticities”, *Health Economics*, núm. 12, 2003, págs. 821-835.

²⁴⁷ Se hace eco de este argumento la Comisión en su documento: COM (2008) 460 final, pág. 8. GIL SORIANO se muestra contrario a este resultado y aporta en su estudio datos que refutan esta conexión automática entre contrabando y fiscalidad (por ejemplo, con los casos de España o Italia, en que se ha demostrado que el problema principal era de control y de falta de compromiso en los agentes del mercado). Véase: GIL SORIANO, A., “Fiscalidad de tabaco y contrabando”, *op. cit.*, págs. 86-87. Esta conexión, sin embargo, sí existe entre *cross-border shopping* y fiscalidad, hecho que motiva este trabajo.

²⁴⁸ El artículo 14 de la Directiva 2011/64/UE sí permite una mayor flexibilidad en la tributación de las demás labores del tabaco, los puros o cigarritos y los demás tabacos de fumar, resultado de su escasa cuota de mercado y su bajo peligro a efectos de compras transfronterizas. Los Estados miembros pueden aplicar tanto un impuesto *ad valorem* sobre el precio máximo de venta al por menor, como un impuesto específico (por kilogramo o unidades), como un

5.4.2. La tributación de los cigarrillos

Conforme al artículo 10 de la Directiva 2011/64/UE, el impuesto especial global (impuesto específico e impuesto *ad valorem*, excluido el IVA) deberá ser superior al 57% del precio medio ponderado (PMP) de venta al por menor, desapareciendo la anterior referencia a la categoría de precios más solicitada²⁴⁹. Igualmente, el impuesto especial, para todas las categorías de precio, no será inferior a 64 euros por 1.000 cigarrillos. Límites que ya se recogían en la Directiva 2002/10/CE²⁵⁰.

Los cambios empiezan a partir del 1 de enero del 2014, en que el impuesto especial global sobre los cigarrillos se eleva ostensiblemente, debiendo representar al menos el 60% del precio medio ponderado y, en ningún caso, ser inferior a 90 euros por 1.000 cigarrillos²⁵¹. Desde esta misma fecha, además, el componente específico del impuesto especial deberá oscilar entre el 7,5% y el 76,5% de la carga fiscal total (incluido el IVA), frente al 5% de límite inferior vigente hasta entonces²⁵².

impuesto mixto, conformado por ambos elementos. El único requisito es que el impuesto especial global, excluido el IVA, debe ser:

- para los puros o cigarrillos, el 5% del precio de venta al por menor, incluidos todos los impuestos ó 12 euros por 1.000 unidades o kilogramo.
- para los demás tabacos de fumar, el 20 % del precio de venta al por menor, incluidos todos los impuestos, o 22 EUR por kilogramo.

²⁴⁹ Tal y como hace ver la Comisión, emplear la categoría de precios más solicitada como referencia es una decisión que se adoptó hace 30 años, cuando los mercados nacionales estaban controlados por una marca. En cambio ahora, otorgan el poder de influir a productores que apenas alcanzan un tercio de cuota de mercado. Mediante el empleo como referencia del precio medio ponderado de venta al público (PMP) se evita que las preferencias nacionales respecto a la calidad del tabaco distorsionen un nivel mínimo y uniforme de tributación. Igualmente, se evita que un determinado productor con poder de mercado pueda influir en la tributación. Además, se simplifica el régimen, estableciendo condiciones de igualdad entre todos los fabricantes y los Estados miembros. Hay que tener en cuenta, en todo caso, que el uso del anterior criterio de la categoría de precios más solicitada estaba claramente en contra de los objetivos de protección de la salud. Véase: COM (2008) 460 final, pág. 3.

²⁵⁰ La propia Directiva establece en el segundo párrafo del artículo 10.1 una excepción para que aquellos Estados que apliquen un impuesto superior a 101 euros por 1.000 cigarrillos sobre la base del precio medio ponderado de venta al por menor, no estén obligados a cumplir con el requisito del 57%.

²⁵¹ Para evitar cumplir el límite del 60%, conforme a la excepción prevista en la nota anterior, se exigirá que el Estado miembro aplique un impuesto especial de al menos 115 euros por 1.000 cigarrillos.

²⁵² Artículo 8.4, Directiva 2011/64/CE.

Resulta de especial trascendencia para nuestro estudio la prórroga, ya comentada anteriormente, que concedió la Directiva 2010/12/UE para ocho Estados miembros, actualmente reflejada en el artículo 10.2, tercer párrafo de la Directiva 2011/64/UE:

“Se concederá a Bulgaria, Estonia, Grecia, Letonia, Lituania, Hungría, Polonia y Rumanía un periodo transitorio hasta el 31 de diciembre de 2017 para alcanzar los requisitos establecidos en los párrafos primero y segundo.”

Esta prórroga adquiere mayor importancia que las demás concedidas en otras ocasiones, ya que faculta a los Estados miembros que sí apliquen los límites mínimos de tributación, a partir de 2014, a reducir a solo 300 cigarrillos el límite cuantitativo del uso propio para los cigarrillos provenientes de Estados miembros que, haciendo uso de esta prórroga, mantengan un tipo inferior a los 77 euros por 1.000 cigarrillos²⁵³.

Como comprobaremos a continuación, la armonización mediante el aumento de los tipos mínimos tiene un alcance limitado como instrumento para reducir las compras transfronterizas. Aunque es verdad que garantiza un nivel mínimo de tributación en toda la Unión, apenas reduce las posibilidades de arbitraje fiscal por parte de los ciudadanos, ya que se mantiene una gran brecha entre la mayoría de los Estados de la UE-15 y la mayoría de los NEM. Incluso, la ausencia de un límite superior provoca que existan importantes diferencias dentro de la UE-15. Además, al consentir compras transfronterizas de tanto volumen, estas diferencias de tributación provocarán la alteración del comercio de frontera.

²⁵³ “Para evitar distorsiones de la competencia y desvíos inaceptables del comercio así como la pérdida de ingresos resultante en los Estados miembros que aplican impuestos especiales elevados, tanto como importante fuente de ingresos como por razones sanitarias, parece necesario que dichos Estados puedan aplicar límites cuantitativos sobre los cigarrillos que puedan introducirse en su territorio sin pago de impuestos especiales cuando dichos cigarrillos se introduzcan en su territorio a partir de Estados miembros que se benefician de periodos transitorios. Es preciso modular tal autorización con restricciones que tengan en cuenta el nivel que haya alcanzado el nivel mínimo obligatorio general de impuestos y las dificultades que pueden encontrar los Estados miembros que se benefician de una excepción, ocasionadas por los impuestos más bajos en otros Estados miembros en el proceso de ajuste gradual al nivel mínimo obligatorio general.” Directiva 2010/12/UE, considerando 12.

5.4.3. La tributación de la picadura fina de tabaco destinada a liar cigarrillos

Aunque la regulación de la imposición sobre la picadura fina de tabaco para liar se recoge en el artículo 14 de la Directiva 2011/64/UE junto con las demás labores del tabaco (los puros o cigarrillos y los demás tabacos de fumar), la Directiva vuelve a prestarle un trato especial por su cada vez más reseñable cuota de mercado²⁵⁴.

A la hora de gravarla, eso sí, los Estados miembros tienen tres alternativas, como con las otras labores del tabaco del artículo 14: aplicar un impuesto *ad valorem* sobre el precio máximo de venta al por menor, un impuesto específico (por kilogramo o unidades), o un impuesto mixto, conformado por ambos elementos.

La picadura fina de tabaco es un producto tan nocivo como los cigarrillos, por lo que desde diferentes instancias comunitarias se alentaba una mayor equiparación de los tipos. En concreto, se estableció como escenario ideal gravar la picadura fina con una relación de 2:3 respecto al gravamen sobre los cigarrillos. De este modo, se estimaba una reducción del 20% en el consumo de esta labor del tabaco²⁵⁵.

Con este objetivo, la Directiva recoge actualmente un incremento progresivo de la tributación de la picadura fina de tabaco conforme a los siguientes plazos:

²⁵⁴ En el año 2008 la picadura fina de tabaco representaba ya el 8% del consumo de labores del tabaco en la Unión Europea y se había consolidado como un producto sustitutivo de los cigarrillos, dado su menor precio (con un incremento de su demanda del 10% en el periodo 2002-2006 respecto a una caída del consumo de los cigarrillos en un 13% en el mismo periodo). De hecho, los incrementos en su tributación pretendían desincentivar su uso por los jóvenes, fumadores con menos recursos.

²⁵⁵ COM (2008) 460 final, pág. 12.

Tabla 1 – Evolución de la tributación mínima de la picadura fina de tabaco

Periodo	Impuesto especial global	
	% sobre PMP	Euros/Kg
2011-2013	40%	40
2013-2015	43%	47
2015-2018	46%	54
2018-2020	48%	60
2020 en adelante	50%	60

Fuente: Artículo 14.2. Directiva 2011/64/UE

A continuación, vamos a analizar la situación actual de la tributación de estas dos labores del tabaco en los diferentes Estados miembros de la UE. Prestaremos especial atención a los Estados que aún deben elevar sus tipos para adaptarse a las exigencias previstas en la actual Directiva 2011/64/UE.

5.4.4. Las diferencias de tipos y precio entre los Estados miembros

En las dos tablas siguientes hemos recopilado los tipos vigentes a 1 de enero de 2013 del documento de la Comisión: *Excise Duty Tables. Part III, Manufactured Tobacco*. En relación a los cigarrillos podemos observar que mientras algunos Estados priman el componente específico²⁵⁶, otros optan por una mayor tributación proporcional mediante el componente *ad valorem*²⁵⁷. Las diferencias de tributación global son muy ostensibles, especialmente respecto a los Estados miembros recién incorporados a la UE, que partían de una presión fiscal muy baja. Destacan especialmente aquellos Estados que deben adaptar en los próximos años sus tipos para alcanzar el mínimo de 90 euros de

²⁵⁶ Hasta en 10 Estados el componente específico supone más del 50% de la tributación total: Bulgaria, Alemania, Dinamarca, Irlanda, Holanda, Portugal, Rumanía, Suecia, Eslovaquia y Reino Unido.

²⁵⁷ En cinco Estados el impuesto *ad valorem* es más del 50% del precio máximo de venta al por menor: Grecia, España, Finlandia, Francia e Italia.

tributación global por cada 1.000 cigarrillos. Grecia, aunque estaba en principio entre los Estados miembros que podrían acogerse a la prórroga hasta el 31 de diciembre de 2017, merced a las medidas para reducir el déficit público se ha situado muy por encima de dicho umbral.

Un análisis aparte merece el caso de Luxemburgo, ya que el pequeño ducado centroeuropeo es el único de los 27 Estados cuyo impuesto global está sensiblemente por debajo del umbral del 60% sobre el precio medio ponderado que se exigirá a partir del 2014. Si añadimos a ello que su tipo de IVA es el menor de toda la UE (15%), tenemos el Estado miembro con un menor porcentaje de tributos por paquete de cigarrillos (70,12%), con más de cinco puntos de diferencia respecto al siguiente y casi diez respecto a la media comunitaria. Además, aparte de Hungría, es el único Estado que tendrá que adaptar en el corto plazo su tributación sobre la picadura fina de tabaco para liar.

Aparte de los dos cuadros, el mapa obtenido del *Irish Tobacco Manufacturers' Advisory Committee*, actualizado a septiembre de 2012, nos aporta una interesantísima visión de las compras transfronterizas de tabaco y también de los peligros del contrabando en toda Europa²⁵⁸. Para interpretarlo hay que tener presente dos límites fundamentales. En primer lugar, el límite al transporte de cigarrillos “para uso propio” entre dos Estados miembros realizado por un particular, que es como mínimo de 800 cigarrillos, es decir, 40 cajetillas²⁵⁹. Otro límite al que ya hicimos mención anteriormente y que resulta de gran trascendencia a la vista de los bajos precios de algunos países terceros fronterizos con la UE, es la denominada “franquicia del viajero”, cantidad de mercancías que se puede introducir en un Estado miembro desde un Estado tercero y que quedaría exenta de derechos de importación, IVA e

²⁵⁸ Hay que tener en cuenta que el mapa está confeccionado a partir de los precios de un producto de cigarrillos de alta calidad por lo que el incremento de precio respecto al PMP puede rondar el 20%.

²⁵⁹ No hay que olvidar, eso sí, que este límite es el número mínimo de unidades que se deben aceptar. En el Reino Unido, por ejemplo, hasta el 30 de septiembre de 2011 se permitían nada menos que 3.200 cigarrillos (160 paquetes). Recordamos de todos modos que a partir de 2014 se podrá imponer un límite de solo 300 cigarrillos (15 cajetillas) respecto a los cigarrillos provenientes de un Estado miembro cuyo impuesto especial sea inferior a 77 euros por 1.000 unidades.

impuestos especiales. En relación a los cigarrillos el límite es de 200 unidades, 10 cajetillas²⁶⁰.

Teniendo claro estos límites podemos identificar en el mapa varios frentes de tensión transfronteriza:

- Irlanda y Reino Unido respecto al resto de Europa. Cualquier viaje fuera de las islas suele ir acompañado a la vuelta de un importante volumen de cigarrillos u otras labores del tabaco. La diferencia de más de 4 euros por cajetilla ha incentivado los denominados “vuelos del tabaco”²⁶¹.

- Luxemburgo respecto a todos los países de su entorno. Aunque la diferencia no sea significativa, los datos de recaudación no engañan. Luxemburgo es un foco de atracción de compras transfronterizas de tabaco, a lo cual contribuye también su reducido tipo de IVA²⁶².

- Las Repúblicas soviéticas y los Países de la antigua Yugoslavia (con la excepción de Croacia, recientemente incorporado) tienen precios muy por debajo de cualquier Estado miembro. Sin embargo, el problema en ocasiones es incluso que estos productos no abonan ningún tipo de impuesto, por que dejamos el escenario del cross-border shopping y

²⁶⁰ Los límites de las demás labores del tabaco son: 100 cigarrillos, 50 puros, o 250 gramos de tabaco para fumar. Cada una de estas cantidades representa el 100% de la franquicia total autorizada para las labores de tabaco: a cada viajero se le podrá aplicar cualquier combinación de las labores anteriores siempre que el porcentaje utilizado para cada franquicia no supere el 100%.

²⁶¹ Piénsese que desde 2002 y hasta la reducción aprobada en 2011, a los británicos se les permitía transportar nada menos que 3.200 cigarrillos, un total de 160 cajetillas. Aunque en la actualidad el nivel indicativo se haya reducido a 800 unidades (40 cajetillas), mientras que persista un diferencial de 5 euros por cajetilla, un vuelo a España puede suponer un “ahorro” de 200 euros. Véanse, por ejemplo: *The cheap flight tobacco trail*, BBC news, 31 de enero de 2003; *La venta de tabaco cae un 40% por la reducción de vuelos británicos*, Diaridetarragona.com, 14 de octubre de 2012.

²⁶² Podemos aportar algunos datos esclarecedores de la capacidad de Luxemburgo para atraer compras transfronterizas de tabaco. Por ejemplo, teniendo impuestos especiales inferiores a los de todos sus países vecinos (Francia, Alemania y Bélgica), recaudó en 2011 por impuestos sobre el tabaco 406 millones de euros, nada menos que 797 euros por habitante. En cambio, Bélgica o Austria, con niveles de impuestos ligeramente superiores, recaudaron apenas 138 euros y 183 euros por habitante respectivamente. Datos provenientes de: *Excise Duty Tables*, Julio 2012, Comisión Europea.

cruzamos la línea del contrabando²⁶³. No obstante, el problema no solo se concentra en el Este de Europa, porque una vez que estos productos entran en la Unión, intentan ser trasladados valiéndose de la laxitud de los controles fronterizos, hacia Estados con impuestos especiales más elevados para obtener un mayor margen de beneficio²⁶⁴.

²⁶³ Las actuales fronteras extracomunitarias se han desplazado varios cientos de kilómetros al Este, siendo Ucrania, Rusia, Bielorrusia o los Estados de los Balcanes las naciones con mayores fronteras desde las que pueden entrar artículos de contrabando en Europa (aparte del continuo flujo del contrabando desde el Norte de África o de posibles contenedores marítimos de China). De este modo, los países del centro de Europa, que anteriormente debían luchar contra este fenómeno, han visto como el contrabando ha pasado a un segundo plano. Por el contrario, las compras transfronterizas que anteriormente no eran un gran problema en la región centroeuropea, se han convertido en un asunto de mayor calado, por la posibilidad de grandes entradas legales desde los NEM, con unos límites mucho mayores a las anteriores franquicias del viajero.

²⁶⁴ "Poland is frontline in EU battle with tobacco smugglers", *EUbusiness*, 9 de mayo de 2010. Resulta paradigmático el caso de la marca Jin Ling, producida en Kaliningrado, región rusa que únicamente tiene frontera con Polonia y Lituania. En este sentido recomendamos la lectura de: "Making a packet: The Kaliningrad deal on smuggled cigarettes", *The Guardian*, 20 de octubre 2008, "Made to be smuggled. Russian contraband cigarettes «flooding EU»", *Novaygazeta*, 27 de octubre de 2008. Traducción del ruso disponible en: *Organized Crime and Corruption Reporting Project*.

Cigarettes

Situation as at 1 January 2013

	Specific excise (per 1000 cigarettes)				Ad valorem excise in %	VAT in %	Ad valorem excise + VAT	Total tax (incl VAT)	Current MPPC per 1000 cigarettes (only for the purpose of comparison – not applied for calculation)		WAP per 1000 cigarettes pursuant to Art. 8(2) Dir. 2011/64/EU *)		Excise yield*	Minimum excise duty Article 8 (6) Directive 2011/64/EU	Overall minimum excise duty* Specific + ad valorem (excl. VAT)
	NatCurr	EUR	as % of WAP	As % of total tax (specific +ad valorem +VAT)	(as % of TIRSP)	(as % of TIRSP)	(as % of TIRSP)	(as % of WAP)	NatCurr	EUR	NatCurr	EUR	EUR per 1000 cigarettes of the WAP	EUR per 1000 cigarettes	as % of WAP
MS	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15
AT		35,00	17,73	23,21	42,00	16,67	58,67	76,40		n/a		197,40	117,91	115,55	59,73
BE		21,89	9,17	11,94	50,31	17,36	67,67	76,84		263,15		238,67	141,97	137,71	59,48
BG	101,00	51,64	43,82	52,49	23,00	16,67	39,67	83,48	*215,00	*109,93	*230,50	*117,85	78,75	75,67	66,82
CY		55,00	28,13	36,35	34,00	15,25	49,25	77,38		185		195,50	121,47	121,50	62,13
CZ	1120,00	45,02	33,02	42,50	28,00	16,67	44,67	77,69	3250,00	130,64	3392,00*	136,35	83,20	84,41	61,02
DE		94,40	38,67	50,59	21,80	15,97	37,77	76,44		263,16		244,09	147,61	*	60,47
DK	1166,50	156,46	59,61	73,95	1,00	20,00	21,00	80,61	2000,00	268,73	1957,00	262,96	162,88	159,37	60,61
EE		45,00	34,22	40,79	33,00	16,67	49,67	83,89		131,50		131,50	88,40	84,80	67,22
EL		80,00	49,30	56,02	20,00	18,70	38,70	88,00		175,00		162,27	112,45	115,00	69,30
ES		19,10	9,48	11,12	53,10	17,36	70,46	79,92		n/a		201,57	126,13	119,10	62,57
FI		22,50	10,00	12,29	52,00	19,35	71,35	81,35		225,00		225,09	139,55	146,00	62,00
FR		38,13	12,50	12,50	51,75	16,388	68,14	80,64		n/a		305,00	195,97	195,00	64,25
HU	12 500	43,84	32,98	37,90	31,00	21,26	52,26	87,01	38 947	136,60	37 904	132,94	87,40	87,40	65,75
IE		237,69	56,13	67,09	8,83	18,70	27,53	83,65		465,00		423,50	275,09	271,91	64,21
IT		8,9188	4,1677	5,50	54,35	17,36	71,709	75,88		215,00		214,00	144,65	144,65(*)	67,59
LT	140,00	40,55	36,04	45,97	25,00	17,36	42,36	78,39	n/a	n/a	388,50	112,52	68,68	67,19	61,04
LU		17,25	8,99	12,82	48,09	15,00	61,11	70,12		220,00		191,92	109,54	105,00*	57,08
LV	25,00	35,91	29,92	36,81	34,00	17,36	51,36	81,28			83,55	120,01	76,71	74,69	63,92
MT	77,00	77,00	37,23	48,05	25,00	15,25	40,25	77,49	220,00	220,00	206,80	206,80	128,70	127,50	62,23
NL		167,84	66,67	76,50	3,13	17,36	7,87	87,15		n/a		251,74	175,71	175,71	69,8
PL	188,00	45,79	34,50	40,77	31,41	18,70	50,11	84,61	n/a	n/a	544,98	132,74	87,48	87,48	65,91
PT		79,39	41,06	51,60	20,00	18,70	38,70	79,76		190,00		192,41	117,87	122,09	63,45
RO	240,50	53,18	42,99	52,21	20,00	19,35	39,35	82,34	625,00	138,20*	559,32	123,68**	79,19	76,50	64,03
SE	1410,00	166,41	55,27	76,27	1,00	20,00	21,00	77,06	2789,47	329,21	2505,63	301,08	169,38	n/a	57,06
SI		60,79	41,21	20,00	24,55	16,67	41,21	82,43		155,00		147,50	97,00	90,00	65,76
SK		59,50	43,81	52,93	23,00	16,67	39,67	83,48		n/a		135,80	90,73	91	66,81
UK	167,41	209,71	55,80	62,72	16,50	16,67	33,17	88,97	n/a	n/a	300,00	375,80	271,71	n/a	72,30

This table has been modified in order to take account of the amended and new provisions contained in Council Directive 2011/64/EU of 21 June 2011 (Codification).

TIRSP = Tax included retail selling price (Retail selling price, all taxes included)

MPPC = Most popular price category

WAP = Weighted average price

* Columns 13 and 15: if applicable, the tax rates indicated on page 7 are based for calculation due to the fact that the WAP is calculated on data relating to the releases for consumption made in the preceding calendar year.

Tabla 2 – Impuestos especiales sobre los cigarrillos - Fuente: Excise Duty Tables (Enero 2013)

Tabla 3 – Impuestos especiales sobre la picadura fina de tabaco para liar

Fine Cut Smoking Tobacco (intended for the rolling of cigarettes)

Situation as at 1 January 2013

	Specific Excise per kg		Ad Valorem Excise	VAT %	Ad Valorem Excise + VAT	Current WAP per kg		Minimum duty Article 14(1) of Dir. 2011/64/EU
	NatCurr	EUR	(as % of TIRSP)	(as % of TIRSP)	(as % of TIRSP)	NatCurr	EUR	EUR/kg
MS	1	2	3	4	5	6	7	8
AT		n/a	54,00	16,67	70,67		104,80	60,00
BE		12,00	31,50	17,36	48,86		92,20	54,19
BG	152,00	77,72	n/a	16,67	n/a			
CY		*150,00		** 18,00				
CZ	1400,00	56,27	n/a	16,67	n/a			
DE		43,31	14,41	15,97	30,38		122,23	*
DK	772,50	103,62	n/a	20,00	20,00			
EE		61,00	n/a	16,67	n/a			n/a
EL		153,00		18,70				
ES		8,00	41,50	17,36	58,86		131,89	80,00
FI		16,50	52,00	19,35	71,35		122,65	87,50
FR		61,50	30,00	16,388	46,39		205,00	125,00
HU			52,00	21,26	73,26	18 552	65,07	43,70
IE		248,608		18,70				
IT		n/a	58,50	17,36	75,86			114,78 (*)
LT	163,00	47,21	n/a	17,36	n/a			
LU		6,20	32,60	15,00	54,00		65,46	29,00*
LV	34,00	48,84	n/a	17,36	n/a			
MT	81,81	81,81	n/a	15,25	n/a			n/a
NL		72,04	7,66	17,36	25,02		123,44	81,50
PL	128,02	31,18	31,41	18,70	50,11	412,12*	100,38	
PT		65,00	20,00	18,70	38,70		124,91	90,00
RO	366,31	81,00	-	19,35	-	-	-	-
SE	1735,00	204,77	n/a	20,00	n/a	n/a	n/a	n/a
SI		45,00	n/a	16,67	n/a			
SK		71,11	n/a	20,00	n/a		n/a	n/a
UK	164,11	190,91	0	16,67	16,67	n/a	n/a	n/a

This table has been modified in order to take account of the new provisions contained in Council Directive 2011/64/EU of 21 June 2011 (Codification).

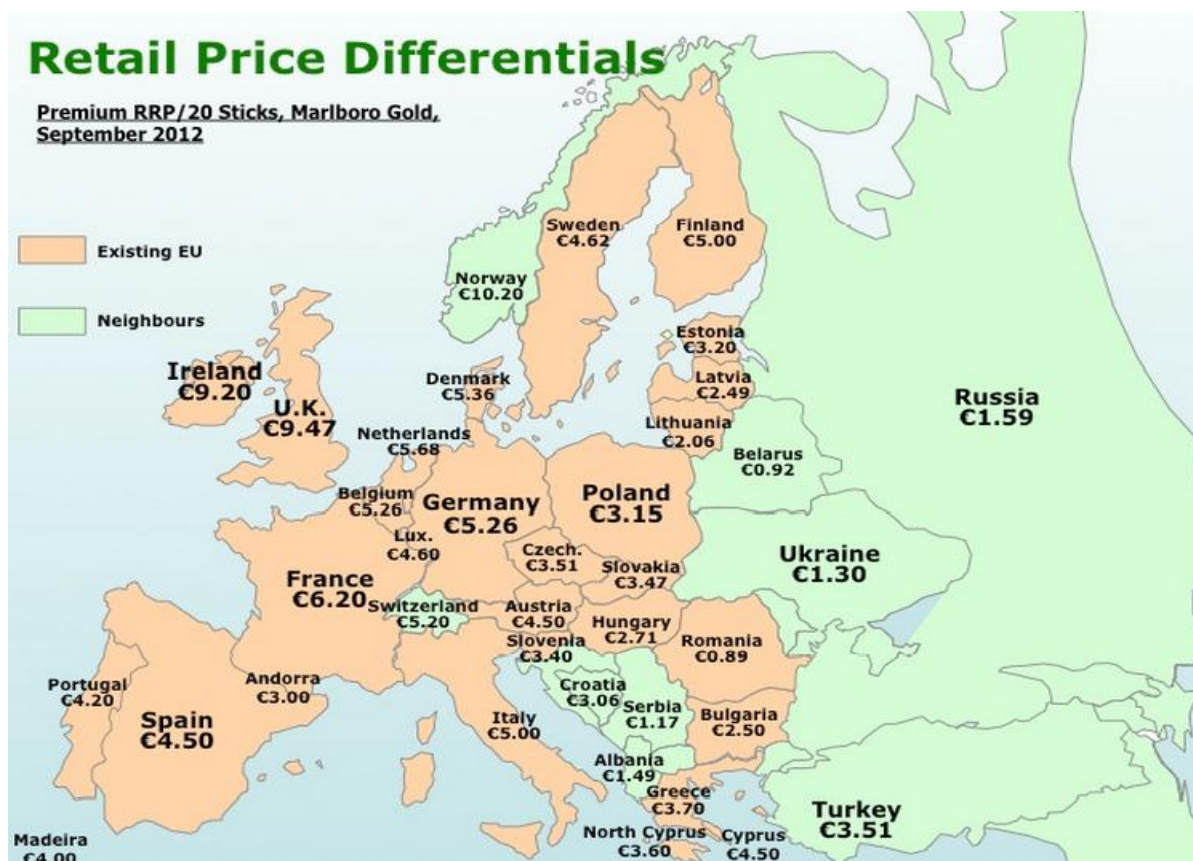
TIRSP = Tax included retail selling price (Retail selling price, all taxes included)

WAP = Weighted average price

Fuente: Excise Duty Tables (Enero 2013)

En el siguiente mapa se pueden apreciar las diferencias en el precio final de una cajetilla que provocan las disparidades de tributación entre los Estados miembros. Igualmente, nos permite observar el gran diferencial respecto a algunos de los demás Estados europeos que no se han integrado en la UE y que, por tanto, no han procedido a una armonización de la imposición sobre las labores del tabaco.

Gráfico 3 – Precio en euros de una cajetilla de cigarrillos - Marlboro Gold



Fuente: Irish Tobacco Manufacturers' Advisory Committee – Septiembre 2012

* Existe un error respecto a los datos de Rumanía. El dato correspondiente sería: 2,89 €.

5.5. Conclusiones

La armonización de los impuestos especiales sobre las labores del tabaco, especialmente sobre los cigarrillos y más recientemente sobre la picadura fina de tabaco, ha estado marcada por las diferentes etapas de evolución del mercado interior. Las frecuentes reformas del marco de tributación del tabaco constituyen un magnífico ejemplo del complejo sistema de aprobación de Directivas en el ámbito de la fiscalidad comunitaria y de la difícil conjunción de objetivos comunitarios con los intereses de cada Estado miembro.

En 1972, la entrada en la Comunidad del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca impulsó el inicio del proceso armonizador, concentrado exclusivamente en un mínimo marco común para la tributación de los cigarrillos. Con ligeros retoques y prórrogas para adaptarlo a la entrada de Grecia, España y Portugal, este régimen mantuvo su vigencia hasta la gran oleada de Directivas de armonización de 1992, en vísperas de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht. Por primera vez, ante el miedo a una avalancha de compras transfronterizas, se fijó un impuesto especial mínimo. Dentro de este proceso de armonización, sin embargo, se articularon múltiples fórmulas de tributación que respondían a los intereses internos de los Estados. Un hecho reflejado, por ejemplo, en la apuesta por componente *ad valorem* en España e Italia.

En 2002, esta misma preocupación ante la cercana adhesión de diez nuevos Estados miembros (el 1 de julio de 2004), condujo a mayores avances en la fijación de impuestos mínimos, extendidos ya también a la picadura fina de tabaco. La última gran reforma realizada en 2010, con el argumento de mejorar la protección de la salud, no ha hecho sino mantener la senda ascendente en la tributación mínima marcada por las Directivas anteriores. Del recorrido por estos 40 años de historia de Europa hemos sacado bastantes enseñanzas:

- Los Estados con una tributación en que impera el componente *ad valorem* tienen unos precios muchos más bajos que aquellos en que prima el componente específico. Se cumplen de este modo las previsiones de *overshifting* y *undershifting* de la teoría económica. Es decir, la tributación específica provoca que el producto vendido tienda a ser de una mejor calidad y, por tanto, tenga un mayor precio base. Este hecho provoca que un incremento en la tributación específica incrementa el precio por encima del valor del impuesto (*overshifting*). En cambio, la menor calidad a que induce la tributación *ad valorem*, provoca que el alza en el precio del bien pueda ser inferior al incremento del impuesto (*undershifting*).

- El verdadero impulso a la armonización de la tributación de las labores del tabaco ha sido el miedo a una explosión del *cross-border shopping* provocada, en cada fase de la construcción europea, por la apertura a nuevos

Estados miembros con menores impuestos especiales. Unos impuestos mínimos que no han incrementado el contrabando como se temía cuando se ha combinado con un mayor compromiso de la industria tabaquera y más eficiencia administrativa.

- La subida de los tipos mínimos únicamente contribuye a reducir los diferenciales de precio respecto a los Estados miembros de más reciente incorporación. No obstante, el mayor volumen de compras que permite el flexible régimen de adquisición por particulares, al amparo del artículo 32 de la Directiva 2008/118/CE, frente al anterior régimen de franquicia de viajeros, compensa con creces la reducción del *gap* de precio entre los NEM y los Estados de la UE-15 y fomenta la intensificación del *cross-border shopping*.

- Las diferencias de precio entre los Estados que sobrepasan holgadamente los niveles mínimos de tributación se han visto reducidas por el alza de tipos como consecuencia de la crisis económica. Sin embargo, mientras que no se fijen tipos máximos, las disparidades seguirán incentivando un intenso tráfico fronterizo de tabaco, pues este producto reúne todos los elementos que lo promueven.

- El riesgo de entrada de tabaco de contrabando se ha desplazado a los Estados del Este de Europa. Es necesario que la Unión coopere activamente con estos territorios para dificultar la entrada de productos, que posteriormente circulan con cierta facilidad en el interior de la Unión. El principal foco de conflicto actual es Rusia. Resulta de especial relevancia el caso de la región de Kaliningrado, aislada del territorio ruso y que solo tiene frontera con Polonia y Lituania, en la que ha crecido exponencialmente la industria tabaquera.

- Los avances en la armonización de los impuestos especiales sobre las labores del tabaco se han realizado a costa de continuas excepciones y prórrogas; concedidas tanto a los Estados que se incorporaban, como a los que querían proteger sus intereses recaudatorios. Consideramos

que este sistema es un éxito de la negociación multilateral, que ha permitido superar el lastre de la unanimidad.

- La Unión debe buscar un equilibrio entre la imposición mínima del tabaco y las diferencias de poder adquisitivo entre los Estados miembros. De otro modo, se lastraría injustificadamente el consumo legal en un Estado únicamente para proteger la recaudación de su vecino. Por ello, consideramos fundamental la racionalización del concepto de consumo para uso propio y la instauración de un sistema de control interno a la venta de estos productos. La legitimidad de estas políticas depende de su coherencia y proporcionalidad con los fines de protección de la salud pública.

6. LA TRIBUTACIÓN DEL ALCOHOL Y LAS BEBIDAS ALCOHÓLICAS

6.1. Un esquema sin cambios desde 1992, a pesar de todo

La tributación específica del alcohol y las bebidas alcohólicas está recogida en dos directivas, una que armoniza las estructuras de los impuestos, Directiva 92/83/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, y otra relativa a la aproximación de los tipos entre los Estados miembros, la Directiva 92/84/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992. Este régimen apenas incluía una relación de tipos mínimos respecto a las principales categorías de bebidas alcohólicas:

**Tabla 4 – Impuesto especial mínimo sobre el alcohol y otras bebidas
alcohólicas (hl = 100 litros)**

Producto	Impuesto mínimo
Cerveza	0,748 euros hl/grado Plato
	1,87 euros/hl grado de alcohol
Vino	0 euros
Productos intermedios	45 euros/hl
Alcohol puro	550 euros/hl

Fuente: Artículos 3 a 6. Directiva 92/84/CE.

En los últimos 20 años no se ha realizado ninguna modificación a estas Directivas, ni modificando al alza los tipos, ni introduciendo novedades de ningún tipo, por lo que el esquema de nuestra exposición será mucho más breve que en el caso de los impuestos especiales sobre las labores del tabaco.

Esta opción de establecer únicamente una relación de tipos mínimos es mucho menos ambiciosa que la plena armonización de tipos propuesta por la Comisión en la COM (87) 328 final²⁶⁵. De hecho, ni siquiera tiene en cuenta la propuesta de la Comisión de incluir una combinación de tipos mínimos y tipos objetivo²⁶⁶. Podemos asegurar que la escasa ambición de la Directiva 92/84/CEE

²⁶⁵ *Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la aproximación de los tipos impositivos del Impuesto especial sobre las bebidas alcohólicas y el alcohol contenido en otros productos*, COM(87) 328 final, 7 de agosto de 1987.

²⁶⁶ *Propuesta modificada de Directiva del Consejo relativa a la aproximación de los tipos impositivos del impuesto especial sobre las bebidas alcohólicas y sobre el alcohol contenido en otros productos*, COM (89) 527, de 7 de diciembre de 1989. En las actas de la reunión por que

y los nulos cambios realizados desde entonces son, de nuevo, fruto de la disparidad de criterios existentes en el seno de la UE.

Los problemas del esquema dibujado por la Directiva 92/84/CEE se pusieron ya de relieve en 1995, a raíz del primer informe presentado conforme al mandato del artículo 8 de dicha Directiva²⁶⁷. En el informe, se destacaba el estancamiento de los tipos impositivos sobre las bebidas alcohólicas y se señalaba al tipo 0 sobre el vino como uno de los límites que impedía el alza de los demás productos. A pesar de estas advertencias, los Estados productores de vino (principalmente Francia, Italia y España) bloquearon cualquier tipo de medida.

En 2001, seis años después, la Comisión inició un periodo de consulta en el que participaron tanto los Estados miembros (por entonces aún 15) como organizaciones comerciales y sanitarias²⁶⁸. Fruto de este trabajo, vio la luz el Informe de la Comisión de 2004²⁶⁹, cuya principal propuesta era actualizar los impuestos mínimos conforme a la inflación acumulada desde el año 1993 (un 24%). Los principales impulsores de este alza de tipos eran los Estados, que aprovechaban el informe para hacer ver su descontento por los efectos que las compras transfronterizas producían en sus arcas, principalmente Suecia, Reino

se aprobó la Directiva 92/84/CE los Estados miembros se comprometieron teóricamente a tener en cuenta los tipos objetivo para los ajustes de su normativa nacional. El paso de los años ha demostrado la falta de voluntad real de los Estados.

²⁶⁷ Artículo 8

“Cada dos años, y por primera vez a más tardar el 31 de diciembre de 1994, el Consejo, basándose en un informe y, en su caso, en una propuesta de la Comisión, examinará los tipos impositivos establecidos y, por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo, tomará las medidas necesarias. El informe de la Comisión y el examen del Consejo tendrán en cuenta el funcionamiento apropiado del mercado interior, la competencia entre las diferentes categorías de bebidas alcohólicas, el valor real de los tipos impositivos y los objetivos generales del Tratado”.

Este plazo de dos años únicamente se cumplió con el primer informe: COM (95) 285, de 13 de septiembre de 1995; ya que el posterior no se presentó hasta 2004.

²⁶⁸ Una de las bases para este proceso fue el estudio: Customs Associates Ltd., *Study on the competition between alcoholic beverages*, febrero de 2001. Del contenido del mismo destacamos tres aspectos fundamentales. En primer lugar, se apuntaba la creciente inutilidad de unos tipos mínimos desactualizados. En segundo lugar, se ponía el acento en los problemas de *cross-border shopping* en Reino Unido, Dinamarca y Suecia. Mientras que se estimaba que el Reino Unido perdía 400 millones de euros al año, las cifras absolutas eran menores en Suecia y Dinamarca, aunque las cifras relativas asustan: casi un 25% de los licores consumidos en estos dos últimos Estados era adquirido en otros Estados. En tercer y último lugar, destacamos que el estudio descartaba que los productos alcohólicos fueran claros sustitutivos entre sí.

²⁶⁹ Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo relativo a los tipos del impuesto especial sobre el alcohol y las bebidas alcohólicas, COM (2004) 223 final, 26 de mayo de 2004.

Unido o Dinamarca²⁷⁰. Tanto los operadores independientes como las organizaciones de productores señalaban también la disparidad de tipos como la principal causa del falseamiento de la competencia y de los riesgos de fraude. Sin embargo, algunos Estados consideraban que esta aproximación de tipos requería, más que un incremento de los tipos mínimos, una reducción en aquellos Estados con tipos más elevados. Como se puede observar, no existía el consenso necesario para avanzar en la armonización.

Esta falta de acuerdo se vio reflejada en el fracaso de la Propuesta de Directiva de 2006, COM (2006) 486 final²⁷¹. Esta Propuesta traía causa del Informe de 2004 y, al igual que éste, abogaba por una actualización flexible conforme a la inflación hasta 31 de diciembre de 2005 (31%) de los impuestos mínimos sobre el alcohol. Aparentemente los Estados sí estaban más o menos de acuerdo en actualizar los tipos mínimos, ya que habían perdido toda representatividad²⁷². Sin embargo, la oposición por parte de nada menos que doce Estados miembros a introducir cualquier la imposición sobre el vino provocó el rechazo de la Directiva por otros Estados, a los que la actualización de tipos obligaría a elevar los demás tipos sobre la cerveza o el alcohol puro.

Tras este rechazo, el último documento de referencia se publicó en mayo de 2010, con el título *Study analysing possible changes in the minimum rates and structures of excise duties on alcoholic beverages*, un trabajo encargado por la Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera a la *London School of Economics*²⁷³. Uno de los aspectos más novedosos de este

²⁷⁰ No obstante, como advierte la Comisión, la capacidad de los Estados para realizar controles se encuentra muy restringida por la vigencia de la libre circulación de personas: “los controles sistemáticos en las fronteras interiores infringirían los principios básicos que rigen el Mercado Interior, consagrados en el artículo 14 del Tratado, los controles que se realicen deberán tener carácter ocasional, (...) no deberán llevarse a cabo arbitrariamente o de forma innecesariamente restrictiva.” COM (2004) 223 final, apartado 31.

²⁷¹ *Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 92/84/CEE relativa a la aproximación de los tipos del impuesto especial sobre el alcohol y las bebidas alcohólicas*, COM (2006) 486 final, 8 de septiembre de 2006.

²⁷² De hecho, al contrario que sucedió con las labores del tabaco, los Estados que se incorporaron a la UE en 2004 no tuvieron que realizar cambios significativos ni requirieron de periodos transitorios para adaptar su imposición sobre el alcohol. Incluso suelen tener tipos más elevados que algunos Estados miembros de la UE-15, como España o Italia.

²⁷³ *Study analysing possible changes in the minimum rates and structures of excise duties on alcoholic beverages*, Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera, London School of Economics, 2010.

estudio es un conjunto de simulaciones en las que estiman los efectos sobre el mercado y la recaudación de diferentes medidas de política fiscal como el alza en los tipos mínimos o un cambio en la clasificación de las bebidas alcohólicas²⁷⁴. Compartimos con este minucioso trabajo muchas de sus propuestas²⁷⁵, sin embargo, tememos que la exigencia de unanimidad vuelva a bloquear cualquier avance en este campo de la fiscalidad comunitaria.

La disparidad de intereses en la UE acaba siendo, por tanto, la única causa de que la tributación sobre las bebidas alcohólicas siga inalterada desde el ya lejano año 1992. Teóricamente la preocupación por la salud podría ser otro argumento para justificar un alza de tipos. Al menos, podría contribuir a crear un sistema en que las bebidas estuvieran gravadas conforme a su contenido en alcohol²⁷⁶. Sin embargo, como hace ver la Comisión, la mayoría de Estados miembros no tienen en cuenta consideraciones de política sanitaria al determinar sus tipos²⁷⁷. Parece lejos, por tanto, cualquier meta en la que los costes derivados de su consumo excesivo se internalicen y se afecte a este fin una parte de la recaudación en concepto de estos impuestos.

²⁷⁴ *Study analysing possible changes in the minimum rates and structures of excise duties on alcoholic beverages*, op. cit. págs. 78-127.

²⁷⁵ Uno de los aspectos que más destaca este estudio es el trato de favor injustificado en favor de algunas bebidas, especialmente el vino, extremo que compartimos. Por ello propone una más que necesaria actualización de los tipos mínimos a la inflación (44% hasta 2010), un impuesto mínimo sobre el vino y un trato equivalente entre el vino tranquilo y el espumoso (ya no tiene sentido considerar este último un producto de lujo). También aplaudimos su firme posición en favor de la utilidad de fijar impuestos máximos que reduzcan las grandes disparidades entre Estados miembros. Un problema que ya observamos en las labores del tabaco. Véase: *Study analysing possible changes in the minimum rates and structures of excise duties on alcoholic beverages*, Executive Summary, págs. 18-22.

²⁷⁶ TERRA, B. J. M., y WATTEL, P. J., "European Tax Law", op. cit., pág. 216.

²⁷⁷ COM (2004) 223 final, apartado 55.

6.2. El comportamiento del mercado de las bebidas alcohólicas: la elasticidad de la demanda

En puridad, los impuestos especiales sobre el alcohol y las bebidas alcohólicas recogen en realidad cinco impuestos diferentes sobre cinco categorías de productos, identificados conforme a sus características físicas conforme al código NC, como observamos en el gráfico, cerveza, vino y el alcohol y bebidas derivadas concentran la mayoría del consumo en la UE²⁷⁸:

- a. La cerveza
- b. El vino
- c. Otras bebidas fermentadas²⁷⁹
- d. Productos intermedios
- e. Alcohol y bebidas derivadas²⁸⁰

²⁷⁸ NC: Nomenclatura combinada, es la nomenclatura de mercancías adoptada en el sistema aduanero común de la UE adoptada el 23 de julio de 1987 por medio del *Reglamento (CEE) núm. 2658/87 del Consejo relativo a la nomenclatura arancelaria y estadística y al arancel aduanero común*.

²⁷⁹ Estas bebidas fermentadas distintas al vino y a la cerveza (definidas en el artículo 12 de la Directiva 92/83/CE) reciben el mismo tratamiento fiscal que el vino (artículo 15 de la Directiva 92/83/CE) por lo que pueden estar sujetas a un tipo 0.

²⁸⁰ En la Directivas 92/83/CEE y 92/84/CEE el alcohol y las bebidas alcohólicas se definen por exclusión respecto a la cerveza, el vino y los productos intermedios y su gravamen se realiza por hectolitro de alcohol puro. En concreto, los artículos 20 y 21 establecen:

Artículo 20

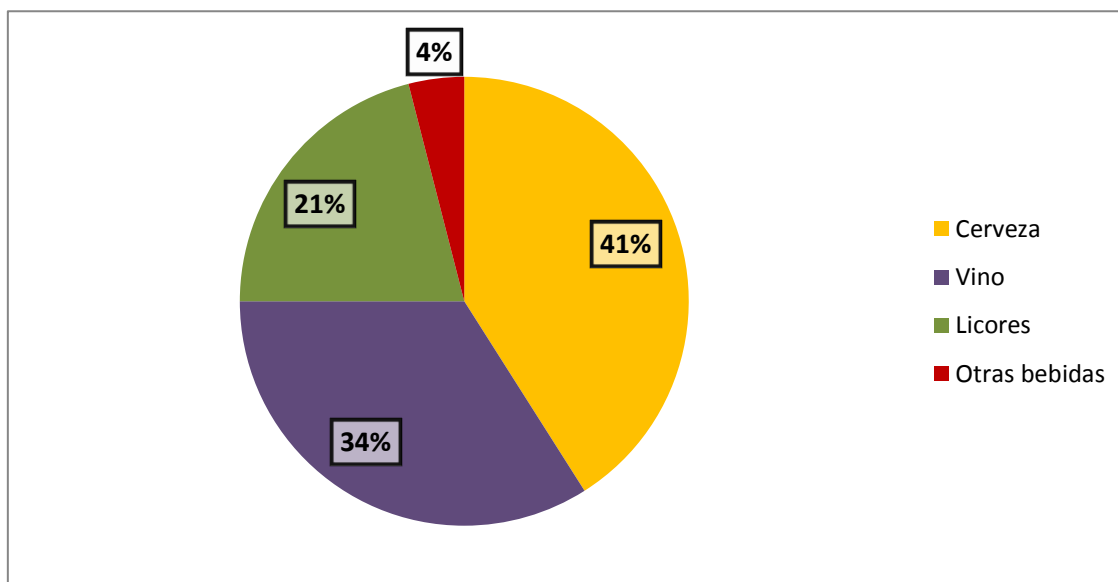
“A efectos de la presente Directiva, se entenderá por « alcohol etílico »:

- todos los productos con un grado alcohólico volumétrico adquirido superior al 1,2 % vol de los códigos NC 2207 y 2208, incluso cuando dichos productos formen parte de un producto incluido en otro capítulo de la NC;
- los productos de los códigos NC 2204, 2205 y 2206 con un grado alcohólico volumétrico adquirido superior al 22 % vol;
- los aguardientes que contengan productos en solución o no. Determinación del importe del impuesto especial

Artículo 21

El impuesto especial sobre el alcohol etílico se fijará por hectolitro de alcohol puro a 20 °C y se calculará por referencia al número de hectolitros de alcohol puro. Salvo lo dispuesto en el artículo 22 (tipos reducidos), los Estados miembros aplicarán un mismo tipo a todos los productos sujetos al impuesto especial sobre alcohol etílico.”

Gráfico 4 –Consumo total de alcohol puro en la UE por tipo de bebidas 2010



Fuente: Elaboración propia a partir de *Study analysing possible changes in the minimum rates and structures of excise duties on alcoholic beverages*, pág. 217.

Un elemento clave para entender las políticas estatales es la reacción que puede tener la demanda de un determinado producto ante un incremento del precio. Tres interesantes estudios han estimado las elasticidades de la demanda de los tres productos principales: cerveza, vino y bebidas destiladas [que pueden encuadrarse dentro de categoría e)]²⁸¹.

²⁸¹ El primero de estos trabajos fue: FOGARTY, J., "The nature of the demand for alcohol: understanding elasticity", *British Food Journal*, núm. 108, 2006, págs. 316-332. Al año siguiente vio la luz otro estudio que realizaba un meta análisis de 132 estudios sobre precio, ingresos y publicidad del alcohol en 24 países: GALLET, C. A., "The demand for alcohol: a meta-analysis of elasticities", *Australian Journal of Agricultural and Resource Economics*, Vol. 51, núm. 2, 2007, págs. 121-135. El más reciente data de 2009: WAGENAAR, A.C.; SALOIS M.J. y KOMRO, K.A., "Effects of beverage alcohol price and tax levels on drinking: a meta-analysis of 1003 estimates from 112 studies", *Addiction*, núm. 104, 2009, págs. 179-190. Recordemos que una elasticidad de -1, indica que un aumento del precio en un 1% reduce el consumo en un 1%. Mientras menos negativo sea este valor, menos elasticidad tendrá el bien y, por tanto, menos caerá su consumo ante un incremento de precio.

**Tabla 5 – Estimaciones de la elasticidad de la demanda de bebidas
alcohólicas en Europa**

Fuente	Cerveza	Vino	Bebidas destiladas
FOGARTY, 2006	-0,38	-0,77	-0,7
GALLET, 2007	-0,36	-0,70	-0,68
WAGENNAR, 2009	-0,46	-0,69	-0,80

Fuente: *Alcohol in the European Union. Consumption, harm and policy approaches*. OMS, 2012.

Los resultados arrojan una conclusión conocida y otra sorprendente. La primera es que las diferentes bebidas alcohólicas, al igual que sucede con los demás productos sujetos a impuestos especiales, presentan una demanda inelástica. Por ello, el consumo no se reduce drásticamente ante incrementos de precio. En cambio, puede resultar sorprendente que el producto con una demanda más inelástica sea la cerveza. Hay que tener en cuenta, sin embargo, los hábitos de consumo en cada Estado miembro. De hecho, mientras mayor sea el consumo de un producto en un país, más inelástica tenderá a ser su demanda, hecho que será indicativo de la dificultad para encontrar productos sustitutivos²⁸².

Dinamarca y Finlandia han experimentado en sus arcas los efectos de estas elasticidades. Ambos Estados redujeron ostensiblemente sus impuestos especiales sobre las bebidas alcohólicas con ocasión de la finalización del plazo de gracia concedido a ambos Estados (y a Suecia) hasta el 31 de diciembre de 2003, para seguir aplicando límites más restrictivos a la entrada de productos sujetos a impuestos especiales desde otros Estados miembros. El principal

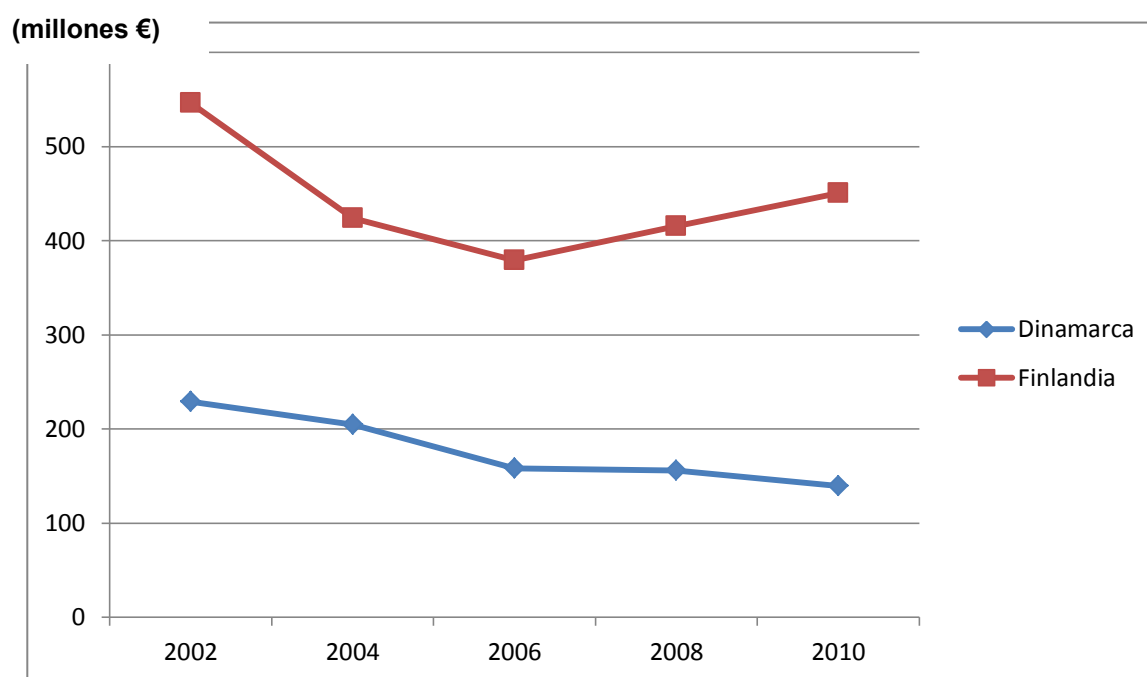
²⁸² Aunque puedan parecer a priori vinculadas, las demandas de las diferentes bebidas alcohólicas son bastante independientes, hecho que no sucede como con los cigarrillos y la picadura fina de tabaco para liar. En cada Estado existe un patrón de consumo que provoca que solo cuando el alcohol es consumido como droga, es decir, por su contenido alcohólico, exista mayor reacción entre las diferentes demandas. En cambio, si en un país el alcohol se emplea como bebida en las comidas (vino o cerveza) es poco probable que un incremento en su precio provoque una mayor demanda de bebidas destiladas.

miedo que llevó a estos Estados a reducir sus impuestos especiales era que la apertura de fronteras y los amplios márgenes concedidos a las compras por particulares provocaran un verdadero aluvión de compras transfronterizas.

Dinamarca redujo el impuesto especial sobre el alcohol puro, con efectos desde octubre de 2003, un 45%. Finlandia por su parte, con efectos desde marzo de 2004, redujo en un 32% los impuestos sobre la cerveza, en un 10% los impuestos sobre el vino y en un 44% los correspondientes al alcohol puro contenido en licores y otras bebidas espirituosas.

Centrándonos en el alcohol puro, podemos observar el claro impacto recaudatorio de estas medidas:

Gráfico 5 – Recaudación de IIEE sobre el alcohol puro Periodo 2002-2010.



Fuente: Elaboración propia a partir de *Excise Duty Tables- Tax Receipts*.

Mientras el resto de Estados miembros han mantenido una recaudación constante, incluso creciente en este periodo, Finlandia y Dinamarca vieron reducida su recaudación en los primeros dos años de vigencia de estas medidas

en un 30%²⁸³. Posteriormente, Finlandia se ha recuperado parcialmente; Dinamarca, sin embargo, mantiene la tendencia de caída²⁸⁴.

A continuación, vamos a examinar con mayor detenimiento el estado actual de la tributación en los Estados miembros de las tres categorías de productos principales: cerveza, vino y el alcohol etílico puro, presente en bebidas de alta graduación.

6.3. La cerveza

La base imponible del impuesto especial sobre la cerveza se determina conforme a los grados Plato²⁸⁵ o los grados de alcohol presente en cada hectolitro de producto acabado. El tipo mínimo es de 0,748 euros por hl/grado Plato o bien de 1,87 euros por hl/grado de alcohol para la cerveza y ha permanecido inalterado desde la aprobación de la Directiva 92/84/CEE, por lo en estos momentos es un límite a todas luces desactualizado.

Conforme a las estadísticas, el consumo medio de cerveza per cápita en la UE ronda los 75 litros²⁸⁶, con especial relevancia en Estados como la República Checa (159 litros), Alemania (109 litros) o Austria (106 litros)²⁸⁷. Estamos hablando, por tanto, de un producto de consumo habitual que puede incentivar las compras transfronterizas si se aprecia una gran diferencia de precio. Si tenemos en cuenta el límite mínimo de 110 litros previsto en la

²⁸³ Esta caída del 30% en la recaudación encaja perfectamente con las elasticidades entre -0,68 y -0,80 que calculaban los estudios expuestos anteriormente.

²⁸⁴ Especialmente críticos con los efectos de esta medida en relación al control sobre el consumo de alcohol en Finlandia han sido: MÄKELÄ, P. y ÖSTERBERG, E., "Weakening of one more alcohol control pillar: a review of the effects of the alcohol tax cuts in Finland in 2004", *Addiction*, núm. 104, págs. 554-563.

²⁸⁵ Grado Plato: cantidad de gramos de extracto seco primitivo del mosto original de la cerveza contenida en 100 gramos de dicho mosto a la temperatura de 20° C

²⁸⁶ Datos correspondientes al año 2009. *Beer Statistics*, 2010 Edition, Brewers, Bélgica, 2010, pág. 11.

²⁸⁷ Destaca especialmente el descenso en el consumo en el periodo 2003-2009 analizado por el estudio en tres Estados que consumían casi 100 litros por persona/año, como son Irlanda, Reino Unido o Dinamarca. La caída en este periodo ha rondado el 20%. En los países mediterráneos con tradición vinícola el consumo suele ser mucho más bajo. Es el caso de Francia (30 litros), Italia (28 litros), Grecia (38,5 litros) o España (50 litros).

Directiva 2008/118/CE como cantidad que puede transportar un particular para uso propio entre dos Estados miembros, podremos entender nuestra queja anterior: un consumidor en un viaje puede transportar la cerveza correspondiente al consumo medio de más de un año.

No obstante, el aspecto más relevante será el propio importe de los impuestos especiales, aunque no debemos olvidar el posible impacto de las diferencias en el tipo básico del IVA. Para una comparación más sencilla hemos tomado los datos del estudio *Beer Statistics*, publicado en noviembre de 2010 (apenas han cambiado desde entonces), que estima el impuesto especial para un tipo de cerveza básico, con 4,8 grados de alcohol²⁸⁸.

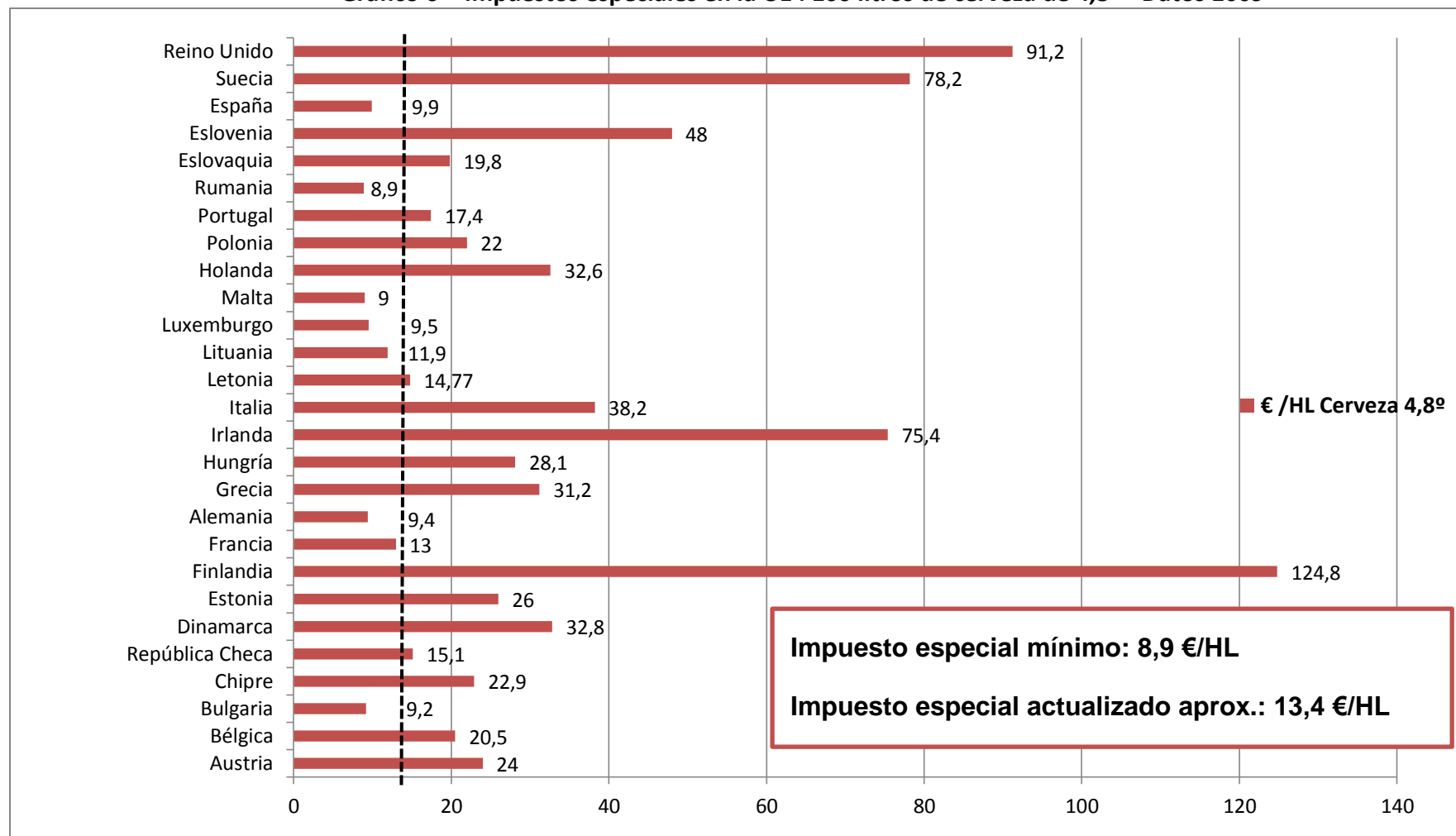
Como observamos en el siguiente gráfico, las diferencias entre Estados miembros no son realmente significativas. A excepción de Irlanda, Reino Unido, Finlandia y Suecia, apenas existen brechas superiores a 20 euros por 100 litros. En estos cuatro Estados, en cambio, el incentivo para realizar la compra transfronteriza compensa el gran volumen a transportar.

La teoría económica expuesta en el primer capítulo de este trabajo ya apuntaba que el carácter insular y el aislamiento geográfico de estos cuatro Estados puede influir en su capacidad para fijar tipos más elevados, sin temor a perder grandes cotas de recaudación por la intensificación de compras transfronterizas. En este sentido, además, los Estados cuentan con la ventaja que el contrabando de alcohol se produce a menor escala por su difícil transporte y su menor valor por unidad.

Para entender la importancia relativa que tendría la actualización de los tipos hemos introducido una franja con un incremento de los impuestos especiales sobre la cerveza en un 50%, tal y como resultaría de una actualización a 2012 de los precios reales de 1992. Como se puede observar, hasta ocho Estados se verían obligados a elevar sus tipos sobre la cerveza, entre ellos España o Alemania (grandes productores de cerveza).

²⁸⁸ Es muy común, sin embargo que los Estados miembros fijen un gravamen más elevado para las cervezas de mayor graduación y, a su vez, que determinen tipos reducidos de aproximadamente la mitad del normal para cervezas producidas por destilerías artesanales.

Gráfico 6 – Impuestos especiales en la UE . 100 litros de cerveza de 4,8 º- Datos 2009



Fuente: Elaboración propia a partir de *Beer Statistics* - 2009.

6.4. El vino

Si existe una bebida característica de la Europa mediterránea esta es, sin duda, el vino. La continuación de la tradición romana del cultivo de la vid y la elaboración del vino ha provocado que la mitad de la producción mundial se concentre en tres países del arco mediterráneo: Francia, Italia y España²⁸⁹. Esta concentración de la cultura y la industria del vino en algunos Estados miembros ha influido de manera determinante en su tributación.

En primer lugar, al contrario que las demás bebidas alcohólicas, el impuesto especial sobre el vino no tiene establecido ningún tipo mínimo de tributación por la Directiva 92/84/CEE. Hasta diez Estados han prescindido de establecer un gravamen sobre el vino, fijando un impuesto especial de tipo cero para todos los vinos²⁹⁰; otros cinco, por su parte únicamente gravan el vino espumoso²⁹¹. Esta decisión está íntimamente conectada con las pautas de consumo de vino en los Estados miembros. De hecho, si tenemos en cuenta que la media comunitaria de consumo ronda los 25 litros al año por persona, se corrobora que los mayores consumidores aplican también una menor tributación; en la mayoría de los casos el tipo cero²⁹².

Partiendo del dato de que el límite para uso propio determinado en la Directiva 2008/118/CE es de 90 litros de vino (de los cuales 60 como máximo pueden ser vino espumoso), una compra transfronteriza perfectamente legítima

²⁸⁹ En concreto, conforme a las estadísticas de 2010 de la organización “The Wine Institute”, que agrupa a los productores de California, Italia produjo el 17,53%, Francia el 16,17% y España el 13,61%. Véase: *Producción mundial de vino por Estado 2007-2010*. The Wine Institute, Estadísticas.

²⁹⁰ Bulgaria, Grecia, España, Italia, Chipre, Luxemburgo, Malta, Austria, Portugal y Eslovenia.

²⁹¹ República Checa, Alemania, Hungría, Rumanía y Eslovaquia.

²⁹² Entre los Estados miembros en que el consumo supera la media de la UE solo Francia (45 litros), Dinamarca (35 litros) y Bélgica (27 litros) tienen establecido un umbral mínimo de tributación por hectolitro de producto terminado. En cambio, Luxemburgo (52 litros), Italia (42 litros), Portugal (42 litros), Eslovenia (36 litros), Austria (29 litros), Grecia (28 litros) y España (26 litros) han optado por fijar un tipo cero. El caso de Francia es especial, ya que el tipo del impuesto especial sobre el vino se ha establecido por primera vez por encima de cero recientemente, tanto que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2012. Sin embargo, es un tipo casi testimonial, el más bajo de toda la UE (3,60 euros por hl de vino normal y 8,91 euros por hl de vino espumoso). Véase: Comisión Europea, *Excise duty tables*, parte I, Bebidas Alcohólicas, Julio 2012, págs. 11-12 y *Consumo de vino por Estado 2007-2010*, The Wine Institute, Estadísticas.

puede superar con creces hasta tres años del consumo medio de un ciudadano europeo. Además, a excepción de los tipos reducidos aplicados en ocasiones para modalidades con menos de 8,5º de graduación, el vino se grava con tipos más elevados que la cerveza (hecho justificado en parte por su mayor graduación alcohólica). Si combinamos estos dos factores con las grandes diferencias de tributación entre los Estados miembros por la permisibilidad de la Directiva, nos encontramos con un escenario aun más propicio que el mercado de la cerveza para el desarrollo de dinámicas de *cross-border shopping*.

En el siguiente gráfico, elaborado a partir de los datos contenidos en el documento comunitario, *Excise Duties. Alcoholic Beverages*, correspondiente a Julio de 2012, hemos optado por representar las diferencias de tipo entre los Estados miembros para la categoría de vino más consumida, el vino “tranquilo”, en contraposición al espumoso, con una graduación entre 10º y 15º. De nuevo observamos que Irlanda, Reino Unido, Suecia y Finlandia son, con diferencia, los Estados con los tipos más elevados.

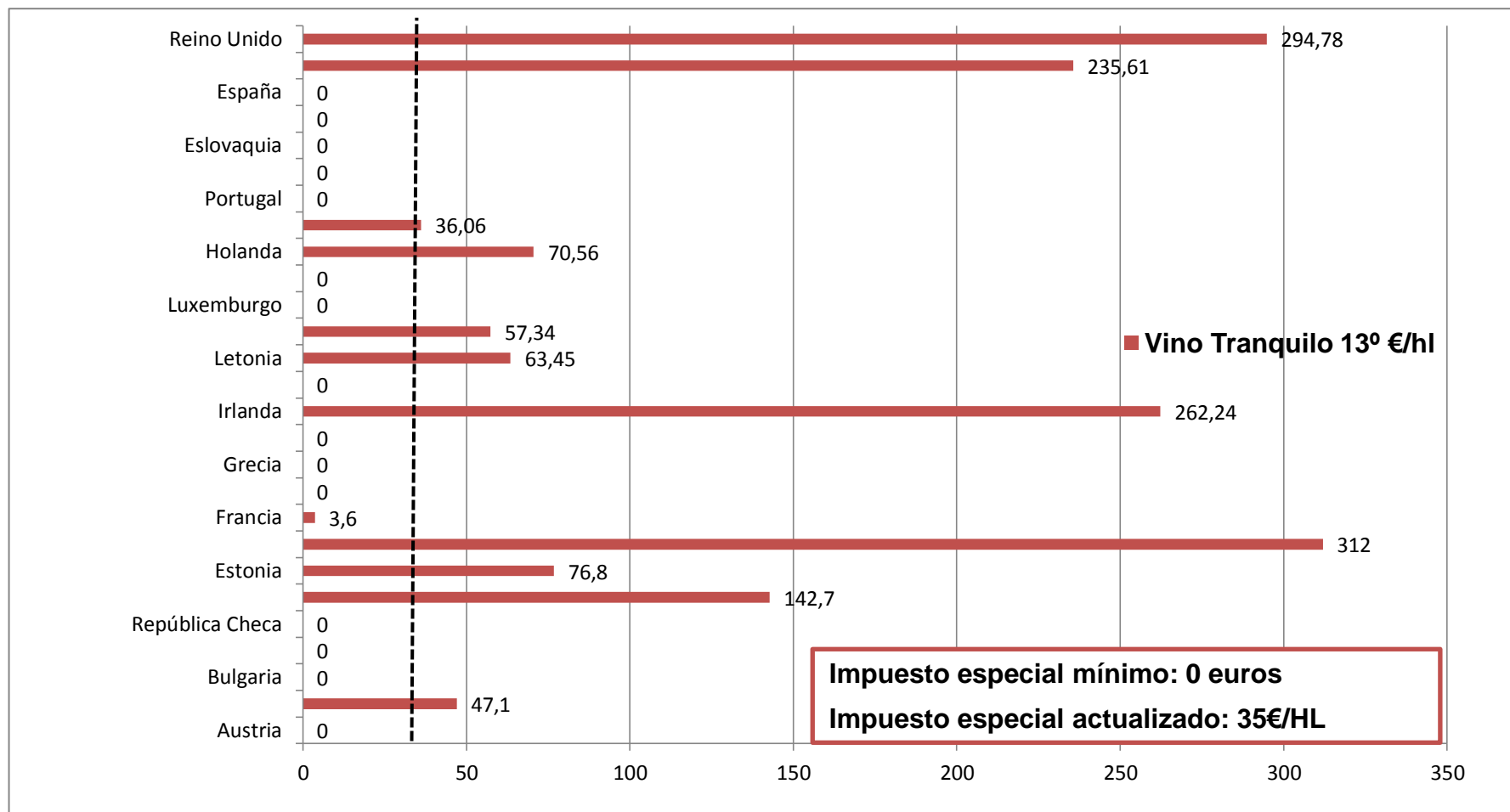
Por otro lado, destacamos la clara posición de debilidad de Dinamarca en las compras transfronterizas. Con una imposición de casi 1,5 euros por litro²⁹³ y con el tipo de IVA al 25%, el precio de su vino será mucho mayor que el del único Estado con que tiene frontera terrestre, Alemania, con un tipo cero en el impuesto especial sobre el vino tranquilo y con un IVA del 19%. En el caso del Reino Unido, el Eurotúnel también ha minimizado el coste y el tiempo de adquirir vino con una diferencia impositiva que ronda los 3 euros por litro. Con 90 litros por viaje... ¿A quién culpamos?

Uno de los principales frenos a la actualización conforme a la inflación del impuesto especial sobre las bebidas alcohólicas es la nula tributación del vino en muchos Estados miembros. La fijación de cualquier impuesto mínimo obligaría a los Estados que no lo gravan a implantarlo. La realidad comunitaria ha demostrado la posición de fuerza de los Estados productores de vino, por lo que no vaticinamos una futura eliminación del tipo 0. Sin embargo, a efectos de

²⁹³ En concreto, 142,70 euros/hl para vinos entre 6º y 15º (183,81 euros si es espumoso) y 191,07 euros/hl para vinos entre 15 y 22º (232,19 euros si es espumoso). Para vinos con graduación inferior a 6º el tipo es de 65,57 euros para el vino tranquilo y 106,69 euros para el espumoso.

observar la profunda distorsión que provoca, vamos a introducir en el gráfico un supuesto impuesto especial “actualizado” equivalente al de la cerveza en función de sus grados de alcohol (para un vino de 13° el impuesto mínimo sería de 35 euros/hl).

Gráfico 7 – Impuestos especiales en la UE . 100 litros de vino tranquilo 13º



Fuente: Elaboración propia a partir de *Excise Duty Tables – Alcoholic Beverages*- Julio 2012.

6.5. El alcohol étílico

El vino y la cerveza son bebidas que gozan de gran aceptación social y su consumo en la Unión Europea se suele vincular incluso al ámbito doméstico. Las bebidas con mayor graduación, principalmente destilados a los que se añade alcohol étílico, no gozan del mismo trato de favor social, hecho que se refleja en las Directivas. De hecho, es la única bebida alcohólica que se grava específicamente por su contenido en alcohol, fijándose una tributación mínima de 550 euros por cada hl de alcohol puro a 20º de temperatura, valor que ha permanecido invariable desde 1992²⁹⁴.

El consumo de este tipo de bebidas se mide en litros de alcohol puro por adulto y año. En la UE, el consumo de alcohol a través de este tipo de bebidas es mucho más elevado en las naciones incorporadas en la última ampliación, en parte por su escasa tradición vinícola. Así, Estonia (9,19 litros), Letonia (6,24 litros), Eslovaquia (5,4 litros), Bulgaria (4,88 litros), Lituania (4,50 litros) y la República Checa (3,59 litros), encabezan el consumo de este tipo de alcohol. El resto de Estados miembros se sitúan entre 1 y 3 litros al año, a excepción de Bélgica (0,62 litros) e Italia (0,42 litros), Estados con gran tradición de cerveza y vinos respectivamente²⁹⁵.

Si tenemos presente que la Directiva 2008/118/CE ha fijado el límite del alcohol transportado entre Estados miembros para uso propio en 10 litros (dentro de la categoría de “aguardientes”), las diferencias de tributación del siguiente gráfico²⁹⁶ deberán ser divididas entre diez para comprender, aproximadamente, el impacto del ahorro posible de una compra transfronteriza de alcohol.

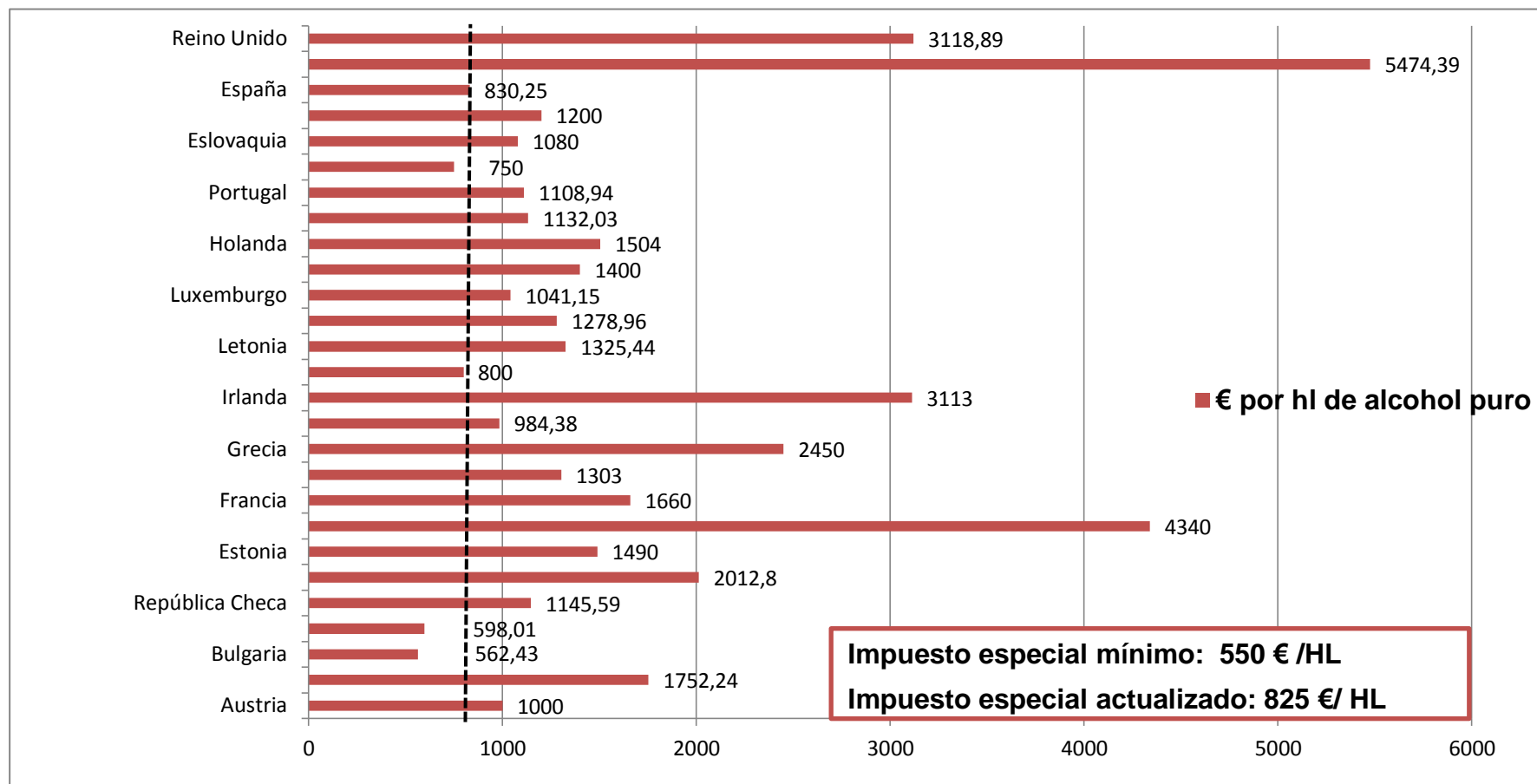
²⁹⁴ Igualmente se especificaba que aquellos Estados que a la entrada en vigor de la Directiva 92/84 tenían impuestos especiales inferiores a 1.000 euros por hl de alcohol puro no podrían reducirlo en el futuro. Aquellos otros que superaran este importe quedaban obligados a no reducirlo por debajo de los 1.000 euros.

²⁹⁵ *Global status report on alcohol and health*, OMS, 2011, págs. 273-277.

²⁹⁶ La fuente de los datos es de nuevo el documento *Excise Duties. Alcoholic Beverages*, correspondiente a Julio de 2012.

En este caso, la actualización de los impuestos especiales, de 550 a 825 euros por hl de alcohol puro, apenas obligaría a un alza significativa a dos Estados miembros, Chipre y Bulgaria. Este hecho pone de manifiesto el verdadero carácter político del bloqueo a la actualización de los tipos mínimos, pues únicamente afectarían al vino y la cerveza, las bebidas en las que existen importantes intereses nacionales en juego. En el caso del alcohol etílico, en cambio, los Estados se han adaptado casi por inercia a las necesidades y objetivos, económicos, sociales y sanitarios, manteniendo una cierta actualización del impuesto especial en los últimos 20 años. Incluso los Estados del Este de Europa en el momento de su incorporación tenían ya los impuestos especiales en cifras cercanas o superior a los obsoletos 550 euros por hl, razón que explica la ausencia de regímenes transitorios en esta materia. Cada Estado, por tanto, ha adoptado sus propias decisiones equilibrando los diferentes objetivos en juego y sin necesidad de una acción comunitaria coercitiva. Salvo que se pretenda elevar ostensiblemente esta tributación sobre el alcohol etílico, no creemos que sea imprescindible adaptar unos tipos mínimos sin cuya influencia se ha alcanzado una convergencia silenciosa.

Gráfico 8 – Impuestos especiales en la UE . 100 litros de alcohol puro



FFu

ente: Elaboración propia a partir de *Excise Duty Tables – Alcoholid Beverages*- Julio 2012

6.6. Un ejemplo de compras transfronterizas de bebidas alcohólicas

En este cuadro resumen representamos el ahorro que puede obtener un comprador al realizar una compra transfronteriza entre algunos Estados miembros especialmente significativos por sus diferencias de tributación.

Tabla 6 – Ahorro de impuestos especiales en un supuesto de compra transfronteriza de bebidas alcohólicas entre dos Estados de la UE

Estado de compra	Estado de residencia	Ahorro de impuestos especiales €		
		110 litros cerveza	90 litros vino tranquilo 12º	10 litros alcohol puro
Dinamarca	Suecia ²⁹⁷	51	84	346
Alemania	Dinamarca	26	128	71
Estonia	Finlandia ²⁹⁸	11	211	285
Luxemburgo	Bélgica	12	42	71
Bulgaria	Grecia	24	-	189
Francia	R. Unido ²⁹⁹	86	262	146

Fuente: Elaboración propia - *Excise Duty Tables, Alcoholic Beverages*, Julio 2012

²⁹⁷ La frontera entre ambos Estados no es terrestre. Para desplazarse de Suecia a Dinamarca se necesita pagar el peaje del puente de Oresund o tomar un barco. En la actualidad, el peaje para un coche particular del puente de Oresund, que une Copenhague (Dinamarca) y Malmö (Suecia), oscila entre los 16 y los 43 euros.

²⁹⁸ Estos Estados no comparten una frontera física aunque son frecuentes los traslados en *ferry*, principalmente entre las capitales, Tallín y Helsinki. El coste del billete de ida y vuelta para una persona con vehículo oscila entre los 100-150 euros, sin vehículo entre 50 y 80 euros.

²⁹⁹ Aunque no exista conexión terrestre, el Eurotúnel y los frecuentes ferries que conectan ambas costas han hecho que este sea uno de los puntos calientes del *cross-border shopping* en Europa. Las diferencias de precio final entre los productos de ambos Estados han sido cifradas en casi un 100% para el vino tranquilo o un 80% para la cerveza. *Study analysing possible changes in the minimum rates and structures of excise duties on alcoholic beverages*, op. cit. págs. 52-53.

Por ejemplo, interpretando la primera cifra del cuadro. Si un ciudadano sueco se traslada a Dinamarca y adquiere 110 litros de cerveza, estará ahorrando, respecto a una compra equivalente en Suecia, 51 euros. Si ya estos números pueden resultar mareantes, no debemos olvidar que, independientemente de la interpretación que hagamos del valor jurídico de los niveles indicativos, un particular podría adquirir cantidades por encima de estos valores si justifica adecuadamente que son para uso propio.

Para facilitar la comprensión de las dinámicas de *cross-border shopping* entre Estados miembros la siguiente tabla también puede ser especialmente útil. En ella, se recogen las diferencias de precio final (excluyendo el IVA) de las diferentes bebidas alcohólicas entre algunos Estados que comparten fronteras dentro de la UE. Por ejemplo, el primer cuadro significa que el precio de una cerveza tipo en el Reino Unido es un 78,4% superior que en Francia.

Tabla 7 - % de diferencias de precio entre productos tipo (Exc. IVA)

Cerveza		Vino tranquilo		Vino espumoso		Alcohol	
UK-FR	78,4	UK-FR	95,6	UK-FR	43,6	SE-DK	81,4
FI-EE	75	FI-EE	56,6	IE-UK	29,1	FI-EE	72,8
DK-DE	38,2	SE-DK	39,6	FI-EE	23,3	FR-IT	39,7
NL-DE	22,1	DK-DE	30,5	BE-FR	20,1	FR-ES	38,2
FI-SE	17,6	NL-DE	25,4	DE-AT	18,1	EL-BG	30,9
HU-RO	16,9	BE-DE	17,4	DE-FR	16,8	SE-FI	29
IT-FR	14,3	PL-SK	17,3	CZ-AT	12,7	UK-FR	25,6

Fuente: *Study analysing possible changes in the minimum rates and structures of excise duties on alcoholic beverages*, pág. 53.

Se aprecia claramente la preeminencia de cuatro relaciones fronterizas señaladas anteriormente: Reino Unido-Francia, Finlandia-Estonia, Suecia-Dinamarca y Dinamarca-Alemania. Queremos destacar también el alto diferencial de precio de Francia respecto a España e Italia en relación a las bebidas alcohólicas de mayor graduación (aunque ninguno de estos tres países, grandes productores de vino, es un gran consumidor de estas bebidas). Volvemos a comprobar a través de este cuadro que el mayor potencial de *cross-border shopping* se vuelve a dar entre Estados de la UE-15, principalmente por los elevadísimos tipos sobre el alcohol vigentes en las Islas Británicas y los países nórdicos.

6.7. Conclusiones

La armonización normativa de los impuestos especiales sobre las bebidas alcohólicas en la Unión Europea es un fracaso. Sin paliativos.

La incapacidad para alcanzar un acuerdo en relación a la actualización de los tipos, inmutables en los últimos 20 años, ha convertido los umbrales de tributación mínima en simples límites nominales, sin incidencia real. Como ya indicamos en el apartado 4 de este capítulo, optar por un sistema de tributación específica, en función del número de litros o del volumen de alcohol, tiene este inconveniente: la inflación exige su actualización frecuente.

La necesidad de un consenso para conseguir esta actualización ha puesto en evidencia las carencias del sistema de unanimidad. Los Estados están a priori de acuerdo en las ventajas de adaptar al alza los tipos mínimos: reduciría las diferencias entre Estados que incentivan el *cross-border shopping*, daría mayor coherencia a la política de protección de la salud (que en el ámbito del tabaco justifica de por sí las subidas de tipos) e incluso podría mejorar la recaudación. Sin embargo, este aparente acuerdo nunca se ha materializado en una nueva Directiva.

El principal culpable lo encontramos en el tipo 0 sobre el vino. Nada menos que doce Estados se opusieron a la implementación de tipos mínimos sobre el vino en el último debate abierto en la Comisión. Otros Estados, sin embargo, consideran que la eliminación de este privilegio constituye un requisito básico previo para negociar cualquier alza de tipos.

El tipo 0 sobre el vino nos resulta a todas luces un anacronismo. Si se quiere proteger al cultivo de la vid se puede hacer mediante otras políticas. Si se quiere proteger a los pequeños productores se pueden establecer exenciones o reducciones selectivas como en el caso de la cerveza. En último término, la inexistencia de tipos mínimos beneficia principalmente a los grandes productores, especialmente de vino de baja calidad. Un *lobby*, que a todas luces, luchará por mantener un estatus que carece de sentido en la UE del siglo XXI.

En lo que respecta a las compras transfronterizas, sin embargo, la implantación de un tipo mínimo sobre el vino no cambiaría mucho el panorama. De los actores principales en el *cross-border shopping* de vino, solo Francia y Alemania se benefician del tipo 0. Otros muchos Estados beneficiados a veces por el arbitraje fiscal en la compra de vino como Dinamarca, Estonia o Irlanda lo gravan, lo que sucede es que no lo hacen a las elevadas cotas de Suecia, Finlandia o Reino Unido respectivamente.

Igualmente, la actualización de los tipos tampoco cambiaría mucho el escenario en las demás bebidas. En el alcohol puro ya indicamos que apenas Bulgaria y Chipre se verían afectados por un alza de tipos. En el caso de la cerveza, aunque más Estados deberían elevar sus tipos, lo harían de manera poco significativa. Además, los focos de *cross-border shopping* de cerveza coinciden, de nuevo, con Estados que gravan la cerveza ampliamente por encima de los tipos mínimos pero que, sin embargo, se benefician de los elevadísimos tipos, de nuevo, de Estados como Suecia, Finlandia o Reino Unido.

Estos Estados se desmarcan voluntariamente del esquema normal de tributación en la UE, por lo que consideramos que deben asumir en parte los

costes que esta política conlleva. No obstante, también se les debe dotar de instrumentos para hacer efectivas sus políticas de protección de la salud.

Como última advertencia, queremos resaltar que en el ámbito del alcohol se produce con mayor frecuencia un contrabando a pequeña escala, realizado por empresarios y profesionales que adquieren productos, incluso dentro de los límites de los amplios niveles indicativos del uso propio, pero con un claro afán de lucro. Al contrario que el tabaco, el consumo de alcohol se realiza muchas veces de forma opaca (piénsese en un *pub* o restaurante inglés que rellena las botellas de alcohol que luego emplea) o carece de marcas distintivas (por ejemplo la cerveza, con formatos y marcas muy similares). En este caso, los productos deberían tributar en el Estado de destino pero, dentro de los niveles indicativos, es difícil identificar el componente del ánimo de lucro. Un empresario *no es verde* y sus familiares, amigos, etc., tampoco.

7. LA TRIBUTACIÓN DE LOS HIDROCARBUROS

7.1. La Directiva 2003/96/CE: sin cambios a la vista

La armonización europea en materia de tributación de los hidrocarburos comenzó con las Directivas 92/81/CEE³⁰⁰ y 92/82/CEE³⁰¹, circunscritas casi exclusivamente a la armonización de las estructuras y de los tipos del impuesto especial sobre hidrocarburos. De nuevo, se optó un sistema de tipos mínimos basado en un componente específico por cada 1.000 litros de combustible.

³⁰⁰ Directiva 92/81/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992 relativa a la armonización de las estructuras del impuesto especial sobre los hidrocarburos.

³⁰¹ Directiva 92/82/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992 relativa a la aproximación de los tipos del impuesto especial sobre los hidrocarburos.

Pronto la Comisión se percató de la necesidad de dotar de una tributación mínima a los demás productos energéticos para limitar las emisiones de CO₂, incluida la electricidad; hecho que plasmó en la *Propuesta de Directiva del Consejo por la que se reestructura el marco comunitario de imposición de los productos energéticos*, COM (97) 30 final, de 17 de marzo de 1997. Finalmente esta Propuesta cristalizó años después en la Directiva 2003/96/CE³⁰², en la que se amplió la fijación de tipos mínimos a la electricidad, el gas natural y el carbón y se elevaron los previstos para los hidrocarburos como queda recogido en la siguiente tabla³⁰³:

Tabla 8 – Tipos mínimos IIEE sobre hidrocarburos (Euros / 1.000 litros)

	Gasolina c/ plomo	Gasolina s/plomo	Gasóleo
Directiva 92/82	337	287	245
Directiva 2003/96	421	359	330

Como se puede observar, el gasóleo goza de un tratamiento fiscal mucho más ventajoso que las gasolinas. Este trato estaría justificado, en principio, por las menores emisiones de CO₂ de este combustible³⁰⁴. Sin embargo, como veremos a continuación, existen otros fundamentos de índole

³⁰² *Directiva 2003/96/CE del Consejo, de 27 de octubre de 2003, por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad.*

³⁰³ De todos modos el esquema de tributación diseñado por esta Directiva dista mucho de ser homogéneo y las fuente de energía recibían un trato desigual. LABANDEIRA VILLOT afirma en este sentido que “los tipos impositivos presentan una gran variación entre los productos energéticos, lo que carece de justificación económica, energética o ambiental”. Véase: LABANDEIRA VILLOT, X., “Nuevos entornos para la fiscalidad energética”, *Información Comercial Española, ICE: Revista de Economía*, núm. 862, 2011, pág. 73.

³⁰⁴ Este es el principal motivo que esgrime LÓPEZ ESPADAFOR para apostar por una rebaja en la tributación del gasóleo o, al menos, por mantener el diferencial actual. Véase: LÓPEZ ESPADAFOR, C. M., “Gasóleo versus gasolina en el plano fiscal”, *Quincena Fiscal*, núm. 5, 2010, Recurso online Westlaw: BIB 2010\192.

económica, ya que excluyendo el CO₂, el gasóleo es más contaminante que la gasolina³⁰⁵.

En 2011 la Comisión puso sobre la mesa una nueva Propuesta de modificación de la Directiva vigente con tres objetivos fundamentales³⁰⁶:

- a) Asegurar un tratamiento coherente de las fuentes de energía para garantizar condiciones de igualdad entre los consumidores independientemente de la fuente de energía utilizada.
- b) Crear un marco adaptado para la fiscalidad de las energías renovables.
- c) Crear un marco para la aplicación de la imposición sobre el CO₂.

En lo que respecta a los hidrocarburos, la aprobación de esta Propuesta provocaría que el tipo mínimo sobre el gasóleo se elevara en 2018 por encima del de la gasolina (hasta 412 euros por 1.000 litros) por su mayor capacidad energética y por sus mayores emisiones de otros contaminantes al margen del CO₂. El rechazo de muchos Estados a los incrementos de precio que provocaría esta adaptación parece que impedirá que esta Propuesta de Directiva salga adelante.

El marco general de la tributación energética en la UE, por tanto, continúa siendo la Directiva 2003/96/CE. A pesar de los aparentes esfuerzos

³⁰⁵ Una falta de atención a los factores medioambientales que ha sido resaltada por la doctrina española de forma mayoritaria, al entender que la configuración del impuesto sobre hidrocarburos responde a intereses eminentemente recaudatorios. Véanse, entre otros: HERRERA MOLINA, P., *Derecho Tributario Ambiental. La introducción del interés ambiental en el ordenamiento tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 324 o CÁMARA BARROSO, M. C.: “Algunas consideraciones sobre los beneficios fiscales a los biocarburantes”, *Nueva Fiscalidad*, núm. 3, 2011, pág. 89.

³⁰⁶ *Propuesta de Directiva del Consejo que modifica la Directiva 2003/96/CE del Consejo por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad*, COM (2011) 169 final, de 13 de abril de 2011. Estos nuevos objetivos son fruto de los avances en el campo de la lucha contra el cambio climático, con objetivos políticos concretos y ambiciosos para el período hasta el 2020 y del paquete de medidas políticas sobre el clima y la energía aprobado en 2009, que pretenden crear el marco político ideal para alcanzar estos objetivos de forma justa y eficiente.

de este texto y de las propuestas comunitarias, consideramos que en este impuesto especial sobre hidrocarburos la protección del medio ambiente como finalidad extrafiscal se diluye, fundamentalmente por su descoordinación con otras políticas comunitarias³⁰⁷.

7.2. Fuel tourism, el *cross-border shopping* del combustible

Como advertimos al inicio de este capítulo, nuestro objeto de estudio se circunscribe a los impuestos especiales sobre los hidrocarburos empleados para el transporte terrestre, únicos que por sus características pueden ser objeto de *cross-border shopping*.

En este caso, además, las empresas y profesionales, dado que emplean igualmente combustible para sus vehículos, se encuentran prácticamente en la misma posición que los particulares. Tanto unos como otros están sometidos al sistema de tributación en origen, abonando en cada territorio los impuestos especiales correspondientes sobre los hidrocarburos³⁰⁸. Consecuentemente,

³⁰⁷ Como denuncia LÓPEZ ESPADAFOR, es España esta falsa finalidad extrafiscal del Impuesto sobre Hidrocarburos se ha hecho especialmente patente con la aplicación a partir del 1 de enero de 2013 del impuesto especial aplicable a la gasolina sin plomo y al gasóleo a: bioetanol, biometanol y biodiésel. Todo ello a pesar de su menor efecto contaminante. Véase: LÓPEZ ESPADAFOR, C. M., “Gasóleo versus gasolina en el plano fiscal”, *op. cit.* Especialmente el apartado 5, *in fine*. Para un análisis en profundidad del tratamiento fiscal de estos biocarburantes véase el excelente trabajo de la profesora CÁMARA BARROSO, M. C.: “Algunas consideraciones sobre los beneficios fiscales a los biocarburantes”, *Nueva Fiscalidad*, núm. 3, 2011, págs. 59-98. En una posición antagónica encontramos a CASANA MERINO, que reconoce que el esquema de tributación sobre la energía aprobado por la Directiva 2003/96/CE no tiene como “finalidad primordial” la obtención de ingresos, “sino disminuir las emisiones de gases contaminantes que inciden negativamente sobre el medio ambiente”. Véase: CASANA MERINO, F., “La Directiva 2003/96/CE del Consejo sobre la imposición de los productos energéticos y su incidencia en el ordenamiento interno”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 237, 2004, pág. 25.

³⁰⁸ Tengamos presente que el combustible transportado en el depósito normal de un vehículo (ya sea el de un coche, con capacidad para 50 litros, ya sea el de un camión con capacidad para 1.000) se considera excluido del régimen de tenencia con fines comerciales y no es gravado de nuevo cuando se traslada entre diferentes Estados miembros. En el caso de los particulares, la Directiva 2008/118/CE en su artículo 32.4 es un poco más flexible al permitir también el transporte de combustible en bidones de reserva adecuados. Tal y como expusimos en un punto anterior (3.4.2.2), creemos que estos bidones de reserva adecuados pueden

tanto unos como otros tienen el incentivo de *fare il pieno* en el Estado con un menor precio.

Bien es verdad que existen algunas diferencias. Los empresarios y profesionales, por ejemplo, cuando emplean el combustible para desarrollar actividades sujetas al IVA pueden, en principio, deducir las cuotas correspondientes en sus autoliquidaciones. En este caso, cuando un empresario o profesional adquiere combustible en otro Estado miembro no se produce, obviamente, una adquisición intracomunitaria de bienes al no existir transporte³⁰⁹. Por tanto, existe también tributación en origen del IVA. La pregunta es casi obligada: ¿podrían los empresarios o profesionales deducir directamente los importes de IVA satisfechos en otro Estado miembro? La respuesta es no. Sin embargo, sí que pueden solicitar la devolución, por lo que el efecto de las diferencias de IVA en la toma de decisión de estos operadores debe excluirse.

De este tema ya se ocupó en su día la Octava Directiva 79/1072/CE³¹⁰, al que hacían referencia los anteriores artículos 170 y 171 de la Directiva IVA 2006/112/CE³¹¹. No obstante, dentro del último “Paquete IVA” se incluyó la

permitir transportar hasta 240 litros por vehículo. En el caso de los profesionales, el artículo 24 de la propia Directiva 2003/96/CE es más estricto al circunscribir la tributación en origen al combustible transportado en “depósitos fijados de manera permanente por el constructor” o en su caso en “contenedores especiales y destinados a ser utilizados para el funcionamiento, durante el transporte, de los sistemas que equipan dichos contenedores”. De este modo, excluye el transporte en bidones, que se considerará en principio una tenencia con fines comerciales.

³⁰⁹ Artículo 20, Directiva 2006/112/CE:

“Se considerará «adquisición intracomunitaria de bienes» la obtención del poder de disposición como propietario de un bien mueble corporal expedido o transportado, con destino al adquirente, por el vendedor, por el adquirente o por cuenta de ellos, hacia un Estado miembro distinto del de partida de la expedición o del transporte del bien.”

³¹⁰ *Octava Directiva 79/1072/CEE del Consejo, de 6 de diciembre de 1979, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios - Modalidades de devolución del Impuesto sobre el valor añadido a los sujetos pasivos no establecidos en el interior del país.*

³¹¹ Artículo 171.1

“La devolución del IVA en favor de los sujetos pasivos que no estén establecidos en el Estado miembro en el que realicen las compras de bienes y servicios o las importaciones de bienes gravados con impuestos, pero que estén establecidos en otro Estado miembro se efectuará según las normas de desarrollo previstas por la Directiva 79/1072/CEE.”

Directiva 2008/9/CE³¹², que ha modificado el sistema de devolución de IVA para los residentes en otros Estados de la Unión Europea. Aunque no se ha logrado el escenario ideal desde el punto de vista de la simplificación administrativa, que sería que el empresario establecido pudiera deducir directamente el IVA soportado en otro Estado miembro, sí se ha dado un paso adelante al articular un sistema de ventanilla única. De este modo, el empresario ya no tendrá que realizar la solicitud de devolución Estado por Estado, sino que podrá presentarla ante su propia Administración, con lo que se ganará agilidad en la tramitación³¹³.

Hay que destacar también que la demanda de la gasolina sin plomo y del gasóleo o diésel responden a diferentes parámetros y están afectadas de diferente manera por las compras transfronterizas. La demanda de gasolina sin plomo está vinculada al número de coches en la economía y únicamente se comprueba la existencia de arbitraje fiscal realizado por particulares en zonas fronterizas. La demanda de diésel, en cambio, ha estado históricamente muy ligada al transporte de mercancías en el territorio, dado que es el combustible empleado para el transporte por carretera en toda Europa³¹⁴.

De este modo, en el caso del diésel, el ámbito territorial se amplía y las regiones fronterizas solo concentran una parte del *cross-border shopping*. Como explicaremos posteriormente, este hecho ayuda a explicar por qué Luxemburgo, con el precio de diésel más bajo de toda la UE, es capaz de atraer un gran volumen de tráfico por sus carreteras con el principal objetivo de repostar en el surtidor más económico. La propia Comisión Europea nos da la clave³¹⁵:

³¹² Directiva 2008/9/CE del Consejo de 12 de febrero de 2008 por la que se establecen disposiciones de aplicación relativas a la devolución del impuesto sobre el valor añadido, prevista en la Directiva 2006/112/CE, a sujetos pasivos no establecidos en el Estado miembro de devolución, pero establecidos en otro Estado miembro.

³¹³ MOLINOS RUBIO, L. M., "Devoluciones del IVA a empresarios y profesionales no establecidos en el territorio de aplicación del impuesto. Directiva 2008/9/CE", *Deloitte News*, núm. 59, diciembre 2011, págs. 31-35.

³¹⁴ AA.VV., *Medium Term Review 2008-2015*, The Economic and Social Research, Dublín, 2008, págs. 109-110.

³¹⁵ *Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/96/CE en lo relativo a la adaptación del régimen fiscal especial aplicable al gasóleo utilizado como*

“La razón es simple: los camiones grandes tienen una enorme autonomía y eso les permite recorrer entre 1 500 y 3 000 kilómetros con un solo depósito. En la práctica, eso significa que las empresas que realizan transportes internacionales o que están domiciliadas cerca de la frontera de países con un nivel impositivo bajo, o en alguno de esos países, llevan a cabo una especie de planificación fiscal denominada «turismo de gasolinera», abasteciéndose de combustible en países con un nivel impositivo bajo para aprovechar esa importante ventaja competitiva.”

Conforme a estos parámetros, cuando hablamos de *fuel tourism* nos enfrentamos a dos fenómenos en gran parte diferentes. Por un lado, tenemos un turismo de frontera, más cercano al modelo clásico de *cross-border shopping*, realizado tanto por particulares como por profesionales, que se benefician del menor precio del combustible en una estación de servicios de otro Estado miembro cercana a su residencia. Por otro, tenemos unas compras a gran escala, planificadas por profesionales del transporte e incentivadas por las diferencias de precio en el gasóleo profesional³¹⁶. Los intensos efectos que provoca en la competencia y en la economía de los Estados miembros este segundo fenómeno lo ha situado en el eje de varios estudios y propuestas que posteriormente analizaremos con detalle³¹⁷.

carburante de automoción para fines profesionales, y a la coordinación de la imposición de la gasolina sin plomo y del gasóleo utilizado como carburante de automoción, COM (2007) 52 final, 13 de marzo de 2007.

³¹⁶ La Directiva 2003/96/CE permite en su artículo 7.2 que los Estados miembros realicen una distinción entre el uso profesional y no profesional del gasóleo utilizado como carburante de automoción con el objetivo de favorecer el transporte de mercancías por carretera o de pasajeros. No obstante, el tipo aplicable al gasóleo profesional debe respetar los niveles mínimos generales del gasóleo. En la práctica este sistema de subvención se aplicaba de diferentes formas. En España, por ejemplo, se articula por medio de una devolución en función de los litros consumidos. El fin de la prórroga concedida en el artículo 18.3 de la Directiva 2003/96/CE ha obligado a elevar la tributación del gasóleo profesional en España también a 330 euros por 1.000 litros, minimizando a solo 1 euro por cada 1.000 litros la devolución prevista en la letra a) del apartado 6 del artículo 52 bis de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales. Para un análisis del sistema, que formalmente no ha cambiado, véase: ARNÁIZ ARNÁIZ, T., “El procedimiento de devolución del gasóleo profesional”, *Revista de información fiscal*, núm. 79, 2007, págs. 45-62 o ESCOBAR LASALA, J. J., “Régimen fiscal del gasóleo profesional”, *Tribuna Fiscal*, núm. 201, 2007, págs. 46-57.

³¹⁷ Es de destacar la COM (2007) 52 final. En este texto, la Comisión advertía de los efectos del *fuel tourism* y apostaba por elevar la tributación del gasóleo profesional hasta equipararlo con la gasolina sin plomo.

No obstante, para entender la verdadera incidencia del *fuel tourism* y los efectos que ha tenido sobre la economía de la UE, debemos realizar una mínima perspectiva temporal de los impuestos especiales sobre el gasóleo en los diferentes Estados miembros desde la aprobación de la Directiva 2003/96/CE.

7.3. Las diferencias de tipos en el impuesto especial sobre hidrocarburos

El marco actual de tributación de los hidrocarburos previsto en la Directiva 2003/96/CE, como ya indicamos anteriormente, recoge unos tipos mínimos para las tres categorías de hidrocarburos fundamentales en el transporte terrestre:

- a) Gasolina normal: 421 euros por 1.000 litros.
- b) Gasolina sin plomo: 359 euros por 1.000 litros
- c) Gasóleo: 330 euros por 1.000 litros.

Tras la progresiva eliminación de la gasolina con plomo o súper desde la década de los 90, las dos últimos productos son los más consumidos en la UE, por ello centraremos en éstos nuestra atención. En este caso, para una mayor simplificación y ante la homogeneidad del producto entre todos los Estados miembros, parte de nuestra comparativa la realizaremos directamente con los precios al consumo de la gasolina sin plomo y del gasóleo.

En el precio de los combustibles influyen muchos factores además de los impuestos especiales, como son el propio IVA, otros impuestos que se puedan fijar eventualmente³¹⁸, las características del mercado de distribución, etc. A la

³¹⁸ En España ha estado vigente hasta el 1 de enero de 2013 el Impuesto sobre la Venta Minorista de Determinados Hidrocarburos (IVMDH), regulado en el artículo 9 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. En puridad, se ha producido una integración del mismo en el Impuesto sobre Hidrocarburos, creando un tramo

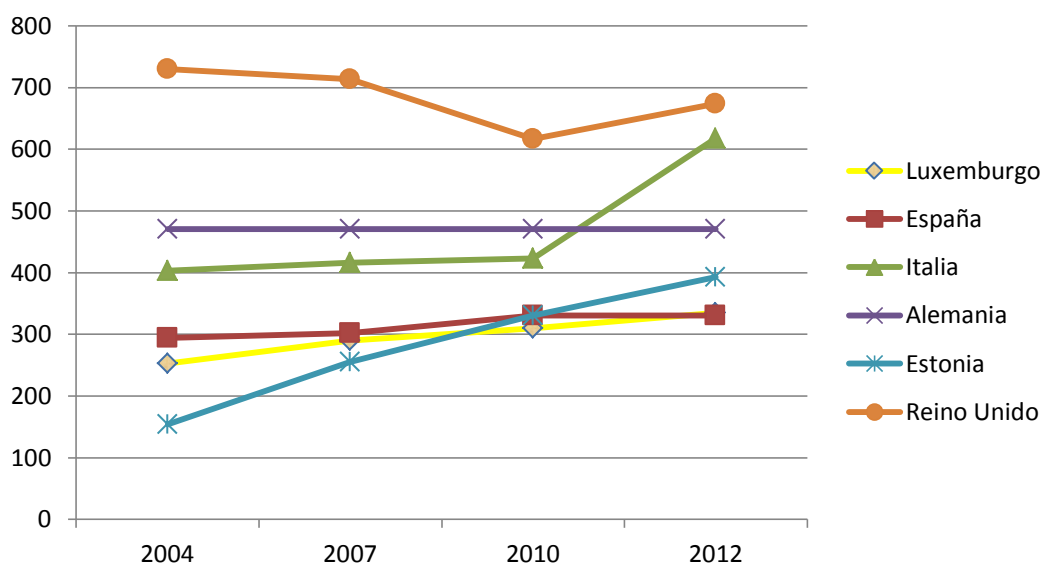
hora de realizar en otro Estado miembro el conocido como *fuel tourism*, el precio final será el factor determinante, en el caso de los empresarios, neto de IVA.

En este gráfico, en el que hemos seleccionado algunos Estados representativos, podemos comprobar la progresiva equiparación de tipos sobre el gasóleo en los últimos años merced, tanto a la finalización de las amplias prórrogas previstas en el artículo 18 de la Directiva (España, Luxemburgo o Estonia), como a la subida de tipos aprobada por algunos Estados para incrementar su recaudación en el contexto de la crisis económica (caso de Italia). En el mapa del final de este apartado podremos observar de nuevo este efecto: las diferencias de precio en el gasóleo se han ido suavizando en los últimos años, al menos en términos relativos, hecho también provocado por la escalada de los precios del petróleo³¹⁹.

estatal especial y un tramo autonómico en el mismo. Esta supresión se previó en el *Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera 3/2012, de 17 de enero* y se recogió en la disposición adicional séptima de la *Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera*. Posteriormente esta integración ha sido completada en la disposición transitoria séptima de la *Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012*. El motivo para esta integración ha sido dar carpetazo al procedimiento de infracción iniciado por la Comisión contra España ante el Tribunal de Justicia por este impuesto, porque no se adaptaba a los requisitos del artículo 1.2 de la Directiva 2008/118/CE, que exige que estos impuestos adicionales tengan una finalidad específica y respeten las normas armonizadoras en materia de base imponible, devengo, liquidación y control del impuesto. La doctrina había tomado por válidos los argumentos de la Comisión que han obligado a este cambio de peones. Entre otros: LÓPEZ DÍAZ, A., "Reflexiones sobre el impuesto sobre venta minorista de determinados hidrocarburos a la luz del derecho comunitario", *Quincena Fiscal*, núm. 11, 2008, págs. 44-48 o SIMÓN ACOSTA, E., "Tarjeta roja al céntimo sanitario", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 757, 2008. Se hacían también eco de la debilidad en que quedaba este impuesto y de los riesgos que hubiera supuesto una posible sentencia condenatoria del TJUE: BORRERO MORO, C. J., "La necesaria reconversión del Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos en el marco del nuevo sistema de financiación autonómico", *Crónica tributaria*, núm. 137, 2010, págs. 67-91 y TRIGUEROS MARTÍN, M. J., "El Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos: presente y futuro incierto", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 327, 2012, págs. 127-137.

³¹⁹ No obstante, como ya constaron empíricamente algunos autores, la fijación de impuestos mínimos sobre el combustible en la Unión Europea ya se demostró incapaz de reducir la interacción competitiva entre los Estados miembros. Véase: EVERS, M., DE MOOIJ, R. A. y VOLLEBERGH, H.R.J., "Tax competition under Minimum Rates: The Case of European Diesel Excises", *CESifo Working Paper Series*, núm. 1221, 2004, pág. 12.

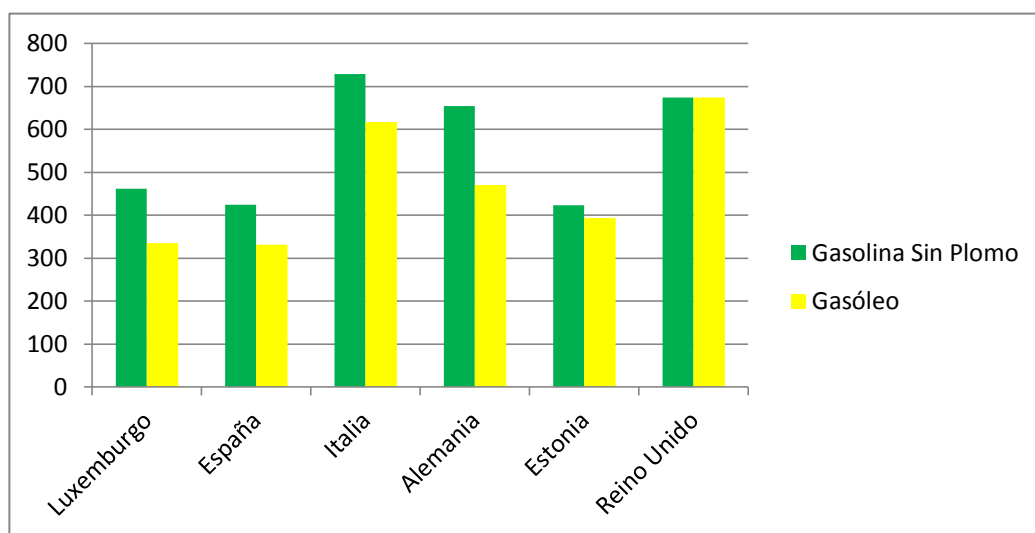
Gráfico 9 – IIEE sobre el gasóleo – Euros / 1.000 litros – 2012



Fuente: Elaboración propia a partir de *Transport in cijfers*, Nederland, 2012 y Excise Duty Tables – Enero 2013

A pesar de estas subidas, en la actualidad persisten grandes diferencias de gravamen entre el gasóleo y la gasolina como podemos apreciar en este otro gráfico con los datos de los mismos Estados:

Gráfico 10 – IIEE Gasolina sin plomo y Gasóleo (Euros/1.000 litros) 2012



.Fuente: Elaboración propia a partir de Excise Duty Tables – Enero 2013

La razón de ser de esta disparidad debemos buscarla en el mercado de combustible de los últimos 20 años. En un primer momento el gasóleo se gravó de forma más liviana porque era un combustible empleado casi de forma exclusiva en el transporte. De este modo, se compensaba su mayor coste de producción por litro, se ayudaba de modo encubierto al sector del transporte y se limitaban las posibilidades de *fuel tourism*. Este mercado tan específico de transportistas era especialmente sensible a los cambios de tributación, por lo que consideramos que sí ha podido existir una competencia fiscal entre los Estados miembros, que se han visto obligados a no elevar excesivamente los impuestos sobre el gasóleo para evitar el *fuel tourism*³²⁰.

En los últimos años, sin embargo, el crecimiento del parque automovilístico privado equipado con motores diésel está equiparando la demanda de ambos combustibles³²¹. Este hecho provoca que los Estados tengan ahora menos incentivos para fijar tipos atractivos sobre el gasóleo, ya que perderían un importante volumen de recaudación proveniente de los consumidores particulares, sin apenas movilidad geográfica.

En contra del trato preferente al gasóleo nos encontramos con autores como MAYERES y PROOST, quienes ya en 2001 advirtieron que los cambios en el parque automovilístico, incentivados por la menor fiscalidad del gasóleo, podrían tener serias consecuencias medioambientales³²². Este mismo enfoque

³²⁰ Compartimos de este modo la opinión expuesta por NILSSON, que califica a Luxemburgo como un “fuel tax haven” y sitúa la competencia fiscal de sus bajos tipos sobre el gasóleo como los culpables de haber creado la brecha entre la tributación del gasóleo y de la gasolina. NILSSON, M., “Could EU prevent transport fuel tax competition between member states by copying the USA/Canada IFTA model?”, *Taxation, Innovation and Communication: Enhancing the prospects for green fiscal reform*, Copenhague, 15-16 de septiembre 2011.

³²¹ La doctrina emplea el término “dieselización” para calificar este avance en las adquisiciones de vehículos con motores diésel, también por los particulares. Este proceso se ha debido, fundamentalmente, al trato fiscal preferente al gasóleo frente a la gasolina. Véase: ÁLVAREZ GARCÍA, S., ROMERO JORDÁN, D. y JORGE GARCÍA-INÉS, M., “Un análisis de los factores determinantes de la dieselización del parque automovilístico en la UE”, Comunicación presentada en el X Encuentro de Economía Aplicada, Logroño, 14, 15 y 16 de junio de 2007.

³²² MAYERES, I. Y PROOST, S., “Should diesel cars in Europe be discouraged?”, *Regional Science and Urban Economics*, Vol. 31, 2001, págs. 468-469.

adoptó la Comisión, para quien: “*from an environmental point of view, there is no reason why diesel fuel should be taxed at a lower level than petrol*”³²³.

De hecho, entre las recientes propuestas de la Comisión siempre ha estado la progresiva equiparación de la tributación de ambos combustibles. En la COM (2007) 52 final, por ejemplo, se apostaba por alcanzar una tributación mínima en ambos combustibles de 380 euros por cada 1.000 litros. La más reciente COM (2011) 169 final³²⁴ era aún más ambiciosa, al pretender establecer un sistema de gravamen combinado basado en las emisiones de CO₂ y la generación de energía que, en la práctica, supondría imponer un gravamen mínimo superior sobre el gasóleo: hasta 412 euros por cada 1.000 litros en 2018, muy por encima de los 359 euros previstos para la gasolina.

7.4. Las disparidades en el precio final de los carburantes

Una cuestión importante que podremos constatar a simple vista en el mapa que concluye este apartado es que los Estados de Centroeuropa (Francia, Alemania, Holanda o Bélgica), que han estado históricamente más expuestos al *fuel tourism*, son los que presentan un mayor diferencial entre el precio del diésel y de la gasolina sin plomo³²⁵. Sin embargo, los recién incorporados Estados del Este u otros Estados periféricos de la Unión, presentan diferenciales de precio mucho menores³²⁶. Ante la tendencia de la fiscalidad europea a la equiparación de ambos combustibles y el mayor coste

³²³ A excepción del CO₂, el diésel genera hasta tres veces más emisiones de otros contaminantes que la gasolina sin plomo. Véase: *Commission Staff Working Document, Accompanying document to the Proposal for a Council Directive amending Directive 2003/96/EC as regards the adjustment of special tax arrangements for gas oil used as motor fuel for commercial purposes and the coordination of taxation of unleaded petrol and gas oil used as motor fuel – Impact Assessment*, SEC(2007) 170/3, pág. 32.

³²⁴ COM (2011) 169 final, pág. 36.

³²⁵ Destaca el caso de Holanda con una diferencia de 34 cts./litro.

³²⁶ De este modo no es infrecuente que en algunos Estados miembros como Reino Unido, España o Rumanía el precio del gasóleo supere en ocasiones al de la gasolina sin plomo.

de producción del gasóleo, es previsible que esta aproximación continúe, eliminando así una de las tradicionales ventajas de los motores diésel frente a los impulsados por gasolina.

Siguiendo el esquema empleado para el alcohol, mostramos en esta tabla algunas de las diferencias más importantes entre Estados limítrofes.

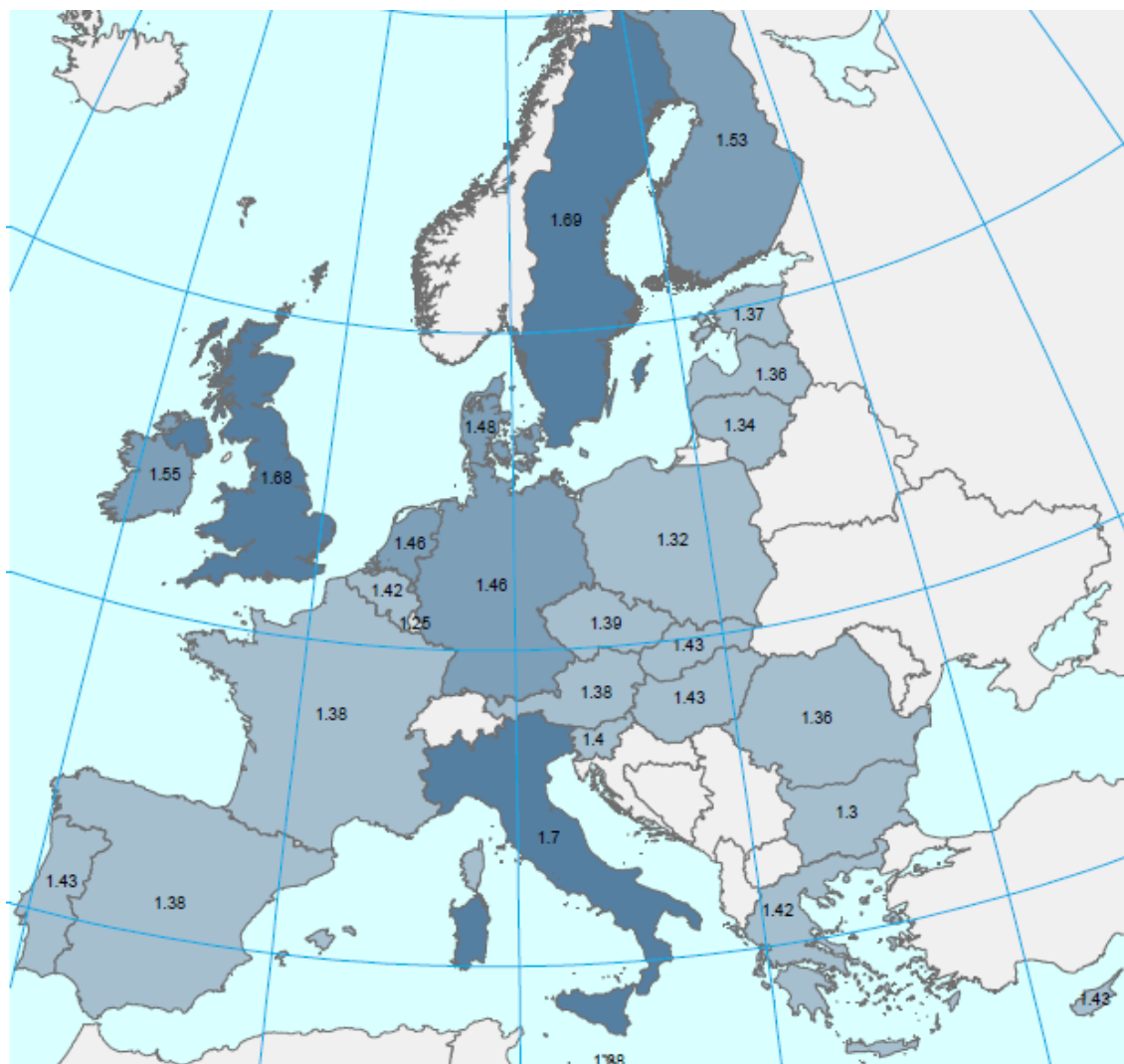
Tabla 9 – Diferencias de precio final entre Estados miembros, precios orientativos – Céntimos de euro / Litro – 14/1/2013

Gasolina s/plomo		Gasóleo	
EL-BG	42	IT-FR	32
IT-AT	35	IT-AT	32
DE-PL	30	IT-SI	30
IT-SI	26	DE-LU	21
DE-LU	27	DE-AT	18
DE-CZ	23	BE-LU	17
BE-LU	23	UK-IE	13

Fuente: Elaboración propia a partir de Comisión Europea, Dirección General de la Energía, *Statistics and market observatory*

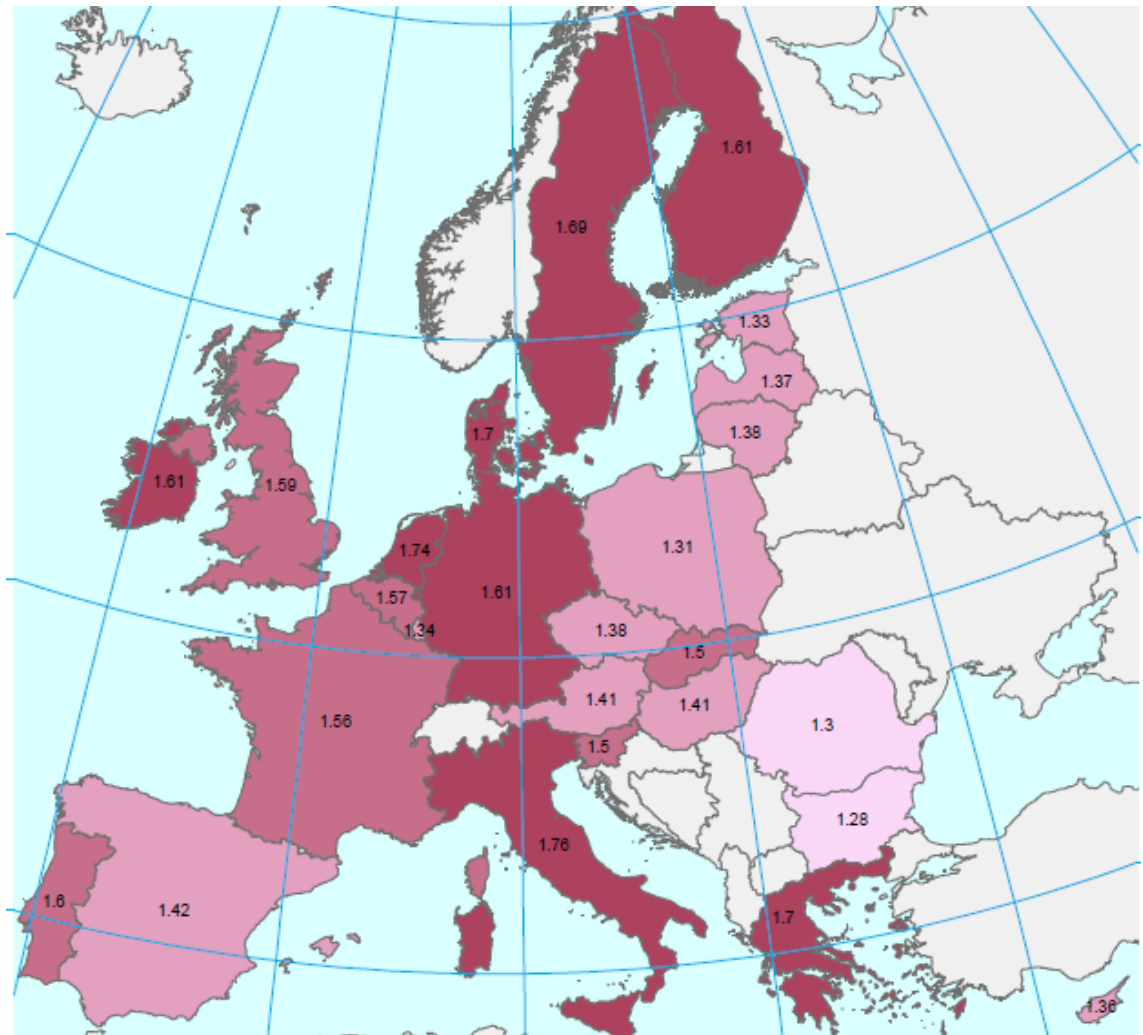
A simple vista, podemos encontrar tensiones de precio, por ejemplo, entre Luxemburgo y todos los Estados que lo rodean, una diferencia que en parte puede tener su causa en su menor tipo de IVA (15%). Otras diferencias de precio importantes, superiores a los 20 cts./litro las encontramos entre Italia y los Estados con que hace frontera (Francia, Eslovenia y Austria); entre Grecia y Bulgaria o entre Irlanda e Irlanda del Norte. En un apartado posterior examinaremos la presencia real del *fuel tourism* en la UE y buscaremos alternativas para mitigar sus efectos.

Gráfico 11 - Gasóleo. Precio al consumo más representativo en cada Estado miembro. Euros / litro. 14/1/13



Fuente: Comisión Europea, Dirección General de la Energía, Statistics and market observatory

Gráfico 12 - Eurosúper 95. Precio al consumo más representativo en cada Estado miembro. Euros / Litro. 14/1/13



Fuente: Comisión Europea, Dirección General de la Energía, Statistics and market observatory

7.5. Conclusiones

A fecha de cierre de este trabajo, enero de 2013, la tributación de los hidrocarburos en la UE sigue marcada por el trato fiscal preferente dado al gasóleo frente a la gasolina. Este privilegio se previó para promover la eficiencia energética y ayudar indirectamente a los sectores profesionales, casi los únicos que empleaban el gasóleo en los primeros años de su distribución. Sin embargo, ha perdido su razón de ser por la generalización de su empleo y por sus mayores emisiones contaminantes.

Aunque en estos momentos esté bloqueada la negociación en torno a la última propuesta realizada por la Comisión en 2011³²⁷, que prevé un ascenso en la tributación mínima sobre el gasóleo (incluso por encima de la gasolina), no nos cabe duda que ésta es la senda a seguir por la Unión para ser coherente con sus objetivos de política medioambiental.

En los últimos años, las diferencias de precio entre los Estados miembros se han visto reducidas por la finalización de los plazos de prórroga concedidos por la Directiva 2003/96 y por el alza frecuente de los impuestos sobre los hidrocarburos para paliar la pérdida de recaudación generada por la crisis económica. No obstante perviven importantes diferencias de tributación entre los Estados miembros. En este sentido, aunque las mayores diferencias las encontremos en la tributación sobre la gasolina, el mayor peligro de *cross-border shopping* lo encontramos en el gasóleo. Principalmente, por el *fuel tourism* realizado por transportistas profesionales en su rutas transfronterizas por la UE.

Efectivamente, al contrario que sucede con el alcohol o el tabaco, los particulares tienen un margen bastante estrecho para realizar compras transfronterizas de combustible, lo que limita enormemente el campo de acción de las diferencias de precio. Por ejemplo, al llenar un depósito de 60 litros en un Estado miembro con menores impuestos especiales, un particular apenas

³²⁷ COM (2011) 169 final.

podrá ahorrar entre 10 y 20 euros. Estas cifras contrastan con los cientos de euros que pueden ahorrar si aprovechan al máximo los niveles indicativos de tabaco o alcohol admitidos dentro del concepto de uso propio.

Sin embargo, los profesionales cuentan con depósitos de más de 1.000 litros y además, realizar desplazamientos transfronterizos con mayor frecuencia, lo que incrementa sus posibilidades de arbitraje fiscal. Estas circunstancias han creado un verdadero nicho de competencia fiscal, especialmente significativo en los primeros años de implantación del diésel como carburante del transporte. Los Estados miembros, especialmente aquellos de Centroeuropa, se enzarzaron en una dinámica de competencia fiscal para atraer o retener los repostajes de los transportistas internacionales, sector en alza por la apertura de los diferentes mercados europeos.

En la actualidad, la generalización del uso del diésel y la imposibilidad de realizar una competencia mediante regímenes privilegiados en el campo de la imposición indirecta (únicamente existe una competencia de sistemas, en función de los tipos) han reducido los incentivos para que los Estados adopten medidas de competencia drásticas. La posible pérdida de recaudación por un descenso de tipos a nivel interno no compensaría la atracción de transportistas foráneos.

Confirmando los postulados de la teoría económica, Luxemburgo reúne todas las condiciones para convertirse en un *diesel haven*. Su situación geográfica privilegiada, en el centro de las principales rutas de transporte, y su reducido tamaño, que implica una reducida demanda interna, lo han situado a la cabeza de esta competencia fiscal por atraer el *fuel tourism* desde otros Estados³²⁸.

³²⁸ Las cifras, al igual que sucedía con el tabaco, no dejan lugar a duda. Según datos del Banco Mundial cuya última actualización se produjo en 2009, el consumo per cápita de diésel en Luxemburgo (en kg equivalente en petróleo) fue de 3.190 kg. El segundo Estado de la UE es Bélgica con apenas 657 kg, apenas una quinta parte. La comparación es aún más escandalosa si lo comparamos con la media de la Unión Europea, casi la mitad que Bélgica, solo 372,5 kg. Véase: Banco Mundial, *Consumo de diésel del sector vial per cápita* (kg de equivalente de petróleo), 2009.

En los próximos años, si los Estados no se desmarcan tan abruptamente de los tipos mínimos como en el alcohol y en el tabaco, la aproximación de los precios del diésel debería ser un hecho. Mientras tanto, Luxemburgo se seguirá aprovechando de las necesidades recaudatorias internas de los demás Estados para seguir atrayendo cifras nada desdeñables de *fuel tourism*.

8. LAS COMPRAS TRANSFRONTERIZAS EN LA UNIÓN EUROPEA. ESTUDIOS EMPÍRICOS Y ESTIMACIONES

8.1. Recapitulación

La principal conclusión que podemos extraer de los apartados anteriores es que en el ámbito de los impuestos especiales existen posibilidades limitadas de que se desarrollen procesos de competencia fiscal entre los Estados miembros por el escaso peso relativo de las compras transfronterizas. Cualquier Estado que redujera sus tipos para aminorar el riesgo de *cross-border shopping* estaría poniendo en peligro su recaudación global. Mientras mayor sea el Estado y menores sus fronteras, menos conveniente será embarcarse en una dinámica de competencia fiscal.

Este mismo efecto, en cambio, favorece a los Estados de menor tamaño y con gran tráfico fronterizo como es el caso de Luxemburgo, posiblemente el único ejemplo paradigmático de competencia fiscal europea en materia de impuestos indirectos. De hecho, salvando su caso, los Estados suelen adoptar sus tipos en función de parámetros de consumo y política internos. Incluso, de tener en cuenta algún riesgo externo, los Estados suelen prestar más atención al problema del contrabando que al de las compras transfronterizas.

Aunque no existan dinámicas voluntarias de competencia fiscal entre los Estados miembros, sí que encontramos una clara oportunidad para el arbitraje fiscal por parte de los ciudadanos en el artículo 32 de la Directiva 2008/118/CE, que recoge la tributación en origen de las adquisiciones realizadas por particulares para uso propio y transportadas por ellos mismos³²⁹

Mediante un análisis detallado del concepto de “uso propio” hemos esbozado el campo de acción de este arbitraje fiscal. De hecho, aunque a simple vista pudiera parecer que éste es muy limitado, las grandes diferencias de tipos que persisten entre los Estados miembros en relación a los impuestos especiales sobre las labores del tabaco, las bebidas alcohólicas y los hidrocarburos, provocan que un fenómeno, teóricamente residual, adquiera un protagonismo capital en algunas regiones transfronterizas, distorsionando de un modo sensible el funcionamiento del mercado interno.

Una importante excepción a este escenario, teóricamente circunscrito a los particulares, son las compras de combustible realizadas por profesionales del transporte en otros Estados miembros. La movilidad de estos compradores, intrínseca a su propia actividad, ha provocado un fenómeno autónomo conocido como *fuel tourism*, cuya entidad y efectos ha llegado a las altas esferas comunitarias.

En este apartado 8 vamos a exponer las conclusiones empíricas de algunos trabajos que se han ocupado de medir la intensidad con que se ha manifestado el *cross-border shopping* en relación a los diferentes productos sujetos a impuestos especiales. En el posterior apartado 9 atenderemos a las medidas comunitarias y nacionales adoptadas en respuesta a esta práctica; a la par que trataremos de ofrecer algunas soluciones y alternativas para mitigar sus efectos.

³²⁹ “Los impuestos especiales que gravan productos adquiridos por un particular para uso propio y transportados por ellos mismos de un Estado miembro a otro se aplicarán exclusivamente en el Estado miembro en que se hayan adquirido dichos productos”.

8.2. Consideraciones comunes a los principales estudios

La mayoría de los estudios sobre la competencia y el arbitraje fiscal en el ámbito de los impuestos sobre el consumo se han realizado utilizando como escenario dos regiones con grandes diferencias de presión fiscal indirecta, tanto en el IVA como en los impuestos especiales. Los resultados, por tanto, no son extrapolables al conjunto de las regiones transfronterizas, aunque sí nos ofrecen una interesante perspectiva de los efectos y condicionantes de este fenómeno.

Un resultado suele ser común a la mayoría de estos trabajos empíricos³³⁰: se constata el escaso impacto de este fenómeno sobre la economía nacional en Estados de tamaño medio, dado que sus efectos se minimizan a medida que nos alejamos de las fronteras. En cambio, sí se observa una gran distorsión en algunas pautas de consumo y en las actividades comerciales en las regiones fronterizas y en los Estados de reducido tamaño³³¹.

Aunque ya hicimos alguna mención en el apartado anterior relativo al IVA, hemos podido constatar a lo largo de este apartado que las diferencias entre Estados miembros en el campo de los impuestos especiales son mucho mayores que en materia de IVA, tanto en términos absolutos como relativos. Si tenemos en cuenta el coste del desplazamiento, que dota de especial relevancia al criterio de precio/kilo³³², podemos entender por qué las diferencias de tipos en los impuestos especiales tienen una capacidad de influencia geográfica mucho mayor que las diferencias en el IVA. La importancia del estudio del arbitraje fiscal en el ámbito de los impuestos especiales tiene, por

³³⁰ GENSCHEL, P. Y SCHWARZ, "Tax Competition: a literature review", *Socio-Economic Review*, núm. 9, 2011, pág. 348.

³³¹ BODE, E., KRIEGER-BODEN, C. y LAMMERS, K., *Cross-Border Activities, Taxation and the European Single Market*, Institut für Weltwirtschaft, Kiel, 1994, pág. 51.

³³² *Study on reduced VAT applied to goods and services in the Member States of the European Union*, Final Report, 21 de junio de 2007, 6503 DG TAXUD, Copenhagen Economics, pág. 91.

tanto, mucho mayor calado. Los particulares condicionarán mucho más sus pautas de consumo ante las grandes diferencias de tipos en los impuestos especiales que ante las disparidades existentes en el IVA³³³. No hay que olvidar, que el principal factor por el cual los consumidores realizan compras transfronterizas es la diferencia de precio; un precio que, en los artículos sujetos a impuestos especiales, está muy condicionado por el factor fiscal³³⁴.

La entrada en vigor del mercado único y la eliminación de los controles en frontera fue, sin duda alguna, un hito fundamental en el desarrollo del *cross-border shopping*³³⁵. En la práctica, en el ámbito de los impuestos especiales, la Directiva 92/12/CE cambió un sistema de franquicia de viajeros entre los Estados miembros, bastante restrictivo, por el régimen que ya hemos analizado de compras transfronterizas con tributación en origen para los particulares, con la única excepción de los umbrales de productos considerados “para uso propio”. Ya entonces, algunos autores alertaron sobre el peligro de aplicar el criterio de tributación en origen en las compras por particulares, especialmente si no se procedía a una intensa armonización de tipos³³⁶.

³³³ FITZGERALD, J., JOHNSTON, J. y WILLIAMS, J., “Indirect Tax Distortions in a Europe of Shopkeepers”, *The Economic and Social Research Institute*, Working Paper núm. 56, 1995, págs. 17-18.

³³⁴ Nos remitimos al apartado 3.5 de este mismo capítulo en que abordamos la cuestión.

³³⁵ Aún perduran, en cambio, los controles en frontera entre algunos Estados. En un principio, el objetivo del Acuerdo de Schengen, firmado el 14 de junio de 1985, pero cuya entrada en vigor no se produjo hasta el 26 de marzo de 1995, era suprimir los controles en las fronteras interiores entre los Estados y crear una única frontera exterior donde se efectúen los controles de entrada en el denominado “espacio de Schengen” conforme a unos mismos procedimientos. A este Acuerdo se han ido adhiriendo los Estados incorporados a la Unión Europea, aunque también se han incorporado algunos Estados que no son miembros de la misma como Noruega, Islandia, Suiza o Liechtenstein. No obstante, existen cinco Estados miembros que no aplican plenamente este Acuerdo y mantienen controles en la frontera, bien porque no deseaban suprimirlos, como es el caso del Reino Unido e Irlanda, bien porque aún no reúnen las condiciones para su aplicación: Rumanía, Bulgaria y Chipre.

³³⁶ Aunque SINN realiza su reflexión al hilo del IVA, sus conclusiones son perfectamente extrapolables al campo de los impuestos especiales: “The only way to limit cross border purchases and to ensure that net of tax prices continue to be equated across borders seems to be a harmonization of tax rates. When the rates lie in a band sufficiently narrow to make gains from tax arbitrage lower than transportation and transactions costs, the origin and destination principles will roughly coincide and the incentives for direct consumer purchases should disappear”. SINN, H.-W., “Tax Harmonization and Tax Competition in Europe”, *European Economic Review*, vol. 34, 1990, pág. 492. En una línea menos pesimista, CNOSSEN advertía de que la necesidad de coordinación era mucho mayor en los productos sujetos a impuestos especiales que en el IVA en general. CNOSSEN, S., “The Case for Tax Diversity in the European Community”, *European Economic Review*, Vol. 34, 1990, pág. 478.

En el siguiente cuadro resumimos algunos estudios recopilados por FITZGERALD y otros³³⁷, que cuantifican la importancia relativa del volumen de compras transfronterizas respecto al consumo total, tanto en las regiones fronterizas concretas como en el conjunto nacional. Como se puede apreciar, los porcentajes de compras realizadas al otro lado de la frontera solo son significativos desde una perspectiva regional.

Tabla 10 – Estimaciones de *cross-border shopping* sobre el consumo total

Estado de origen	Estado/región de compra	Año	% del Consumo total	
			Regional	Nacional
Irlanda	Irlanda del Norte ³³⁸	1986	10	2
Dinamarca	Alemania ³³⁹	1991	5,7	0,9
Países Bajos	Bélgica y Alemania ³⁴⁰	1991	8,5	0,6

³³⁷ FITZGERALD, J., JOHNSTON, J. y WILLIAMS, J., "Indirect Tax Distortions in a Europe of Shopkeepers", *op. cit.*, pág. 11.

³³⁸ Este fenómeno se daba por la menor presión fiscal en el Reino Unido respecto a Irlanda en la década de los 80, lo que hacía que los precios en Irlanda del Norte fueran inferiores. Conforme a sus datos, el nivel de compras transfronterizas de las hogares cercanos a Irlanda del Norte podía suponer un 10% de sus adquisiciones, suponiendo alrededor de un 2% del total nacional. En concreto, la gasolina y el alcohol eran los elementos más expuestos, con un nivel de compras transfronterizas en las regiones limítrofes de hasta dos tercios del consumo de gasolina y aun superior en el caso del alcohol en la región fronteriza. La escasa representatividad a nivel nacional de estas compras transfronterizas harían poco eficaz un descenso en los tipos impositivos para combatirla, ya que tendría como resultado neto un descenso en la recaudación del Estado. FITZGERALD, J.D., QUINN, T.P., WHELAN, B.J. y WILLIAMS, J.A., *An analysis of cross border shopping* The Economic and Social Research Institute, Dublin, 1988, págs.75 y 79.

³³⁹ La frontera entre Dinamarca y Alemania ocupa 68 kilómetros. La intensidad de las compras transfronterizas se debía principalmente a que en el año del estudio (1991) casi todos los impuestos indirectos eran menores en Alemania. El impacto de la entrada en vigor del mercado único se vio suavizado por un acercamiento de tipos y por una prórroga a los controles en frontera concedida a Dinamarca. BODE, E., KRIEGER-BODEN, C. y LAMMERS, K., "Cross-Border Activities, Taxation and the European Single Market", *op. cit.*, pág. 8.

³⁴⁰ Las diferencias impositivas y, especialmente, el pequeño tamaño de la región holandesa fronteriza con Alemania y Bélgica, Zuig-Limburg, en que está basado el estudio, provocaba que existieran frecuentes compras transfronterizas entre estos territorios. Los holandeses adquirían principalmente en otras regiones gasolina. No obstante, como subraya el estudio, la interacción en esta región va más allá del factor impositivo, hecho que se corrobora al observar que apenas un tercio del comercio está concentrado en los productos que por entonces estaban sujetos a impuestos especiales más elevados: el tabaco, el alcohol y los hidrocarburos. BODE,

La eliminación de fronteras comerciales, en cambio, vino acompañado de un proceso de armonización de los impuestos especiales, que produjo tanto la eliminación de algunas figuras nacionales propias, como la creación de un marco jurídico común para las principales categorías: labores del tabaco, alcohol y bebidas alcohólicas e hidrocarburos³⁴¹. La aproximación de tipos aparejada a la fijación de los impuestos mínimos por las primeras Directivas ha impedido que la amplia concepción del uso propio haya disparado las compras transfronterizas³⁴².

De todos modos, existen interesantes estudios que advierten cuantitativamente del riesgo de distorsión que persiste en algunas regiones fronterizas³⁴³. Por ejemplo, el documento *The Implications of Cross Border Shopping for the Irish Exchequer*, realizado en el año 2009 por la Administración irlandesa, puso de relieve los perversos efectos que tiene sobre la economía de la isla la intensificación del *cross-border shopping* con Irlanda del Norte³⁴⁴.

E., KRIEGER-BODEN, C. y LAMMERS, K., "Cross-Border Activities, Taxation and the European Single Market", *op. cit.*, pág. 24.

³⁴¹ Como hace ver GONZÁLEZ-JARABA, la entrada en vigor del mercado único provocó la derogación de multitud de impuestos especiales que cada Estado miembro había establecido en función de sus propias circunstancias político-económicas. Existían, de este modo, impuestos especiales sobre cerillas, encendedores, té, café, achicoria, bebidas refrescantes, confituras, azúcar, helados, naipes, discos, perfumes o sobre el uso del teléfono. Véase: GONZÁLEZ-JARABA, M., "Los impuestos especiales de ámbito comunitario...", *op. cit.*, pág. 27.

³⁴² Anticipa estos efectos: BODE, E., KRIEGER-BODEN, C. y LAMMERS, K., "Cross-Border Activities, Taxation and the European Single Market", *op. cit.*, pág. 51.

³⁴³ Por zonas fronterizas no siempre tenemos que entender fronteras físicas. De hecho, como advirtieron KARLSSON y TIGERSTEDT, dos de los Estados entre los que existe un mayor riesgo de *cross-border shopping* son Finlandia y Estonia. El volumen de pasajeros en los barcos que unen ambos Estados ronda los 8 millones, creciendo a un buen ritmo en la última década. Véase: KARLSSON, T. y TIGERSTEDT, C., "*Alcohol policy: changing climate and changing structures in the Nordic countries*", Alcohol—Use, Harms and Policy, Nordic-Baltic Seminar, Riga, 3 de octubre, 2005.

³⁴⁴ Entre los datos que aporta el estudio, se realiza una predicción para el año 2009 de las compras transfronterizas en Irlanda del Norte de entre 450 y 700 millones de euros, lo que supondría unas pérdidas para el erario irlandés de entre 92 y 143 millones de euros (de los cuales entre 26 y 40 corresponderían a impuestos especiales). Hay que tener en cuenta, eso sí, que gran parte de estas compras estaban motivadas más por la depreciación de la libra frente al euro que por un cambio en las políticas fiscales. Véase: *The Implications of Cross Border Shopping for the Irish Exchequer*, Office of the Revenue Commissioners and the Central Statistics Office 2009, Irlanda, págs. 15-16.

8.3. Principales estudios empíricos y estimaciones de la incidencia del *cross-border shopping*

A continuación vamos a presentar algunos de los trabajos más representativos en relación a los principales productos sujetos a impuestos especiales³⁴⁵. No obstante, nunca debemos olvidar que medir el volumen de este fenómeno es intrínsecamente imposible porque precisamente son éstas las cifras que escapan al control de las Administraciones estatales³⁴⁶.

8.3.1. Estudios sobre el alcohol

En primer lugar, los estudios empíricos sobre las compras transfronterizas de alcohol nos demuestran la importancia de la distancia y de los costes de transporte en la existencia e intensidad del *cross-border shopping*. CRAWFORD y TANNER, por ejemplo, razonan que el aislamiento geográfico del Reino Unido lo ha protegido de una mayor pérdida de ingresos con la apertura del mercado único³⁴⁷. En el mismo sentido, ASPLUND y otros,

³⁴⁵ Una excelente recopilación de estos estudios, tanto empíricos como teóricos, la encontramos en: LEAL, A., LABORDA, J. L. y RODRIGO, F., "Cross-Border Shopping: A Survey", *International Advances in Economic Research*, Vol. 16, núm. 2, 2010, págs. 135-148.

³⁴⁶ *Study analysing possible changes in the minimum rates and structures of excise duties on alcoholic beverages*, op. cit. pág. 54. Un método habitual para calcular estas cantidades es estimar el consumo por habitante conforme a diversas encuestas y restarle los productos despachados para consumo en el Estado, así como las entradas legales desde otros Estados. Este sistema, sin embargo, requiere de análisis cruzados, especialmente en aquellos Estados miembros como Dinamarca, Alemania o Francia en que el fenómeno se manifiesta en sus dos vertientes. Por un lado, sus ciudadanos realizan compras fronterizas en Estados de menor tributación (Alemania, Polonia o España respectivamente) y por el otro, reciben compradores fronterizos desde Estados con mayor tributación (Suecia, Dinamarca o Reino Unido respectivamente).

³⁴⁷ Como hacen ver los autores, a pesar de que se estimaran unas pérdidas de 100 millones de libras en impuestos especiales en el año 1993 como consecuencia del mercado único, los costes asociados a cruzar el canal protegen al Reino Unido frente a mayores compras transfronterizas. De este modo, los autores consideran que una baja de impuestos, aconsejada desde algunas instancias para luchar contra el *cross-border shopping*, tendría un efecto

han corroborado con datos estadísticos de Suecia, Dinamarca, Alemania y Finlandia, la decisiva influencia de la distancia en la intensidad del *cross-border shopping* de alcohol³⁴⁸. Por otra parte, un concienzudo estudio de LEIFMAN ha demostrado la mayor propensión de los ciudadanos de Estados con elevados impuestos especiales sobre el alcohol a comprar este producto cuando viajan al exterior, especialmente a otros Estados miembros³⁴⁹.

Uno de los Estados con mayores problemas de contrabando y compras transfronterizas es Suecia, especialmente en relación con la cerveza³⁵⁰. El país nórdico tiene los impuestos especiales sobre el alcohol más elevados de Europa y mantiene un monopolio estatal en la venta de alcohol al por

contraproducente en relación a la recaudación total. Véase: CRAWFORD, I. y TANNER, S., *Alcohol Taxes and the Single European Market*, The Institute for Fiscal Studies, Londres, 1995, págs. 45-46. La caída de recaudación en Dinamarca y Finlandia con sus bajadas de impuestos en 2003 y 2004 creemos que dan la razón a los expertos. Más recientemente, la Administración británica, una de las más preocupadas por los efectos de las compras transfronterizas, ha cifrado en el 2009 la pérdida de recaudación por la compra de alcohol en otros Estados por ciudadanos británicos en 120 millones de libras anuales. Véase: HM Revenue & Custom, *Measuring Tax Gaps*, Londres, 2010, págs. 26 y 29. La Administración británica únicamente aporta datos en relación a la cerveza y el alcohol, dejando a un lado el vino. En concreto, el *cross-border shopping* de alcohol representa el 3% del total de consumo nacional, en el caso de la cerveza este porcentaje es menos significativo. Estas bajas cifras, en cambio, contrastan con el volumen estimado de alcohol y cerveza de contrabando consumido (el 10% del consumo total aproximadamente), lo que supone más de 600 millones de libras en pérdidas para el tesoro británico.

³⁴⁸ De hecho, el descenso de los impuestos sobre el alcohol aprobado en Dinamarca en 2003 redujo en un 2,2% la recaudación por este concepto en Suecia; más de un cuarto del efecto se concentró en las localidades a menos de 100 kilómetros de la frontera. Véase: ASPLUND, M.; FRIBERG, R. Y WILANDER, F., "Demand and distance: Evidence on cross-border shopping", *op. cit.*, pág. 155.

³⁴⁹ En concreto el autor realizó una media de 1.000 entrevistas en la primavera del 2000 a ciudadanos de seis Estados miembros: Finlandia, Francia, Alemania, Italia, Suecia y Reino Unido, con el fin de conocer si en sus viajes al extranjero adquieren alcohol. Los resultados son abrumadores. Finlandia (75%), Suecia (69%) y Reino Unido (58%), son los Estados miembros cuyos ciudadanos adquieren alcohol en sus viajes al extranjero con mayor frecuencia. Por el contrario, menos de un tercio de los franceses, alemanes o italianos realizan estas compras (hay que tener en cuenta eso sí que en el momento del estudio aún existían las tiendas duty-free para viajeros intracomunitarios, cuyas ventas se incluyen). Se confirma de este modo que los Estados con mayores impuestos especiales sobre el alcohol lideran las compras transfronterizas. Además son también los viajeros de estos Estados los que adquieren un mayor volumen del alcohol por viaje, concentrándose los ingleses en vino, y los finlandeses y suecos en bebidas alcohólicas. Véase: LEIFMAN, H., "Estimations of unrecorded alcohol consumption levels and trends in 14 European countries", *Nordic Studies on Alcohol and Drugs*, Vol. 18, 2001, págs. 58-59.

³⁵⁰ Se estima que la cerveza representa alrededor del 61% de las entradas legales y el 90% de la entrada ilegal de bebidas alcohólicas en Suecia, principalmente desde Alemania. ARNBERG, J. y LORD, S., *Swedish Alcohol Policy – an Effective Policy?*, The Swedish Retail Institute, Estocolmo, 2009, pág. 14.

menor³⁵¹. Conforme a las estimaciones de varios estudios, por ejemplo, el consumo de cerveza procedente de compras fronterizas supone entre el 11 y el 14% del consumo total del país y el del vino entre un 12 y un 18%³⁵². El de alcohol, por su parte, alcanza hasta el 38% del consumo total³⁵³.

8.3.2. Estudios sobre las labores del tabaco

En el ámbito del tabaco, aunque existe evidencia de la práctica de compras transfronterizas, no abundan los estudios empíricos a nivel europeo³⁵⁴. No obstante, el tabaco por su elevado precio (con una incidencia fiscal de alrededor del 80%³⁵⁵) y su fácil transporte, es el producto sujeto a impuestos especiales más expuesto a las compras transfronterizas.

El principal problema al que nos enfrentamos suele ser identificar el efecto fronterizo concreto en Estados de gran tamaño. En el caso de Francia, LAKHDAR consiguió estimar mediante tres métodos diferentes que en el periodo 2005-2006 entre un 14 y un 20% del tabaco consumido en Francia provenía de

³⁵¹ El mantenimiento del monopolio sueco de venta al por menor de bebidas alcohólicas (*Systembolaget*) fue legitimada por el Tribunal de Justicia en la STJUE de 23 de octubre de 1997, *Franzén*, asunto C-189/95, en que consideró que las características del mismo se adecuaban a las estrictas exigencias del Tratado (actual artículo 37 TFUE).

³⁵² Recopilación realizada en: *Study analysing possible changes in the minimum rates and structures of excise duties on alcoholic beverages*, op. cit., págs. 153-154.

³⁵³ ARNBERG, J. y LORD, S., "Swedish Alcohol Policy – an Effective Policy?", op. cit., pág. 13.

³⁵⁴ Sí existen multitud de estudios que analizan el *cross-border shopping* de tabaco en la frontera entre Estados Unidos y Canadá y entre los propios Estados americanos que, recordemos, tienen competencia normativa en el campo de la imposición indirecta. Véanse, entre otros: COATS, R. M., "A note on estimating cross-border effects of state cigarette taxes", *National Tax Journal*, Vol. 48, núm. 4, 1995, págs. 573-584; ALAMAR, B., MAHMOUD, L., y GLANTZ, S. A. *Cigarette smuggling in California: Fact and fiction*, San Francisco: Center for Tobacco Control Research and Education, Tobacco Control Policy Making, University of California, 2003; CHIOU, L. y MUEHLEGGGER, E. J., "Crossing the line: The effect of cross border cigarette sales on state excise tax revenues", *John F. Kennedy School of Government Research Working Paper Series*, núm 12, 2008 y LOVENHEIM, M. F., "How far to the border?: The extent and impact of cross-border casual cigarette Smuggling", *National Tax Journal*, Vol. 61, núm. 1, 2008, págs. 7-33.

³⁵⁵ En concreto, incluyendo el IVA, la incidencia del componente fiscal en el precio de los cigarrillos, conforme al precio medio ponderado, oscila entre el 70,12% de Luxemburgo y el 86,65% de Bulgaria. Comisión Europea: *Excise Duty Tables*, Julio 2012, Manufactured Tobacco, pág. 6.

compras fronterizas en otros Estados³⁵⁶. La Administración británica, por su parte, maneja cifras menores de *cross-border shopping* (en descenso, desde el 10% de 2003 al 5% de 2010), fundamentalmente porque existe una gran bolsa de consumo de cigarrillos y picadura fina de tabaco de contrabando³⁵⁷.

Ante la falta de otras estimaciones, el mejor estudio que podemos plantear es una comparativa con los reveladores datos de consumo y recaudación en Luxemburgo. Su pequeño tamaño nos permite calificarlo, *per se*, como región fronteriza, lo que nos permitirá extrapolar sus datos a regiones contiguas con diferenciales de precio similares.

Ya en 1993 el estudio “VAT and Excise Duties: Changes in cross-border purchasing patterns following the abolition of fiscal frontiers on 1 January 1993”³⁵⁸ destacaba que nada menos que el 84% del tabaco de Luxemburgo fue adquirido por residentes en Alemania, Bélgica o Francia³⁵⁹.

En el año 2011, esta dinámica no ha cambiado mucho si tenemos en cuenta que la recaudación por impuestos especiales sobre las labores del tabaco en Luxemburgo fue de 425 millones de euros, 822 euros por habitante³⁶⁰. Muy por encima de la media de algunos Estados que gravan los

³⁵⁶ LAKHDAR, C. B., “Quantitative and qualitative estimates of cross-border tobacco shopping and tobacco smuggling in France”, *Tobacco Control*, Vol. 17, núm. 1, págs. 12-16. El autor emplea como primer método una simulación a partir de los datos estadísticos de venta; en segundo lugar extrapola los datos de consumo de los ciudadanos franceses y por último estudia una muestra aleatoria de cajetillas de tabaco en centros de recogida de residuos. Sorprendentemente, los datos obtenidos a partir de estos tres métodos apenas difieren entre sí.

³⁵⁷ En relación al *cross-border shopping* interpretamos los datos cruzados de la *Tobacco Manufacturer's Association* que integra información de la Administración tributaria británica, *HM Revenue & Customs* (HMRC). Por su parte, respecto al contrabando, según estimaciones oficiales del Reino Unido, en el año 2003 suponía el 18% del consumo de cigarrillos y nada menos que el 51% de picadura fina de tabaco. En el año 2011, la Administración británica estima que ha reducido a solo el 11% el consumo ilegal de cigarrillos y al 49% el de picadura fina de tabaco. HM Revenue & Customs, *Tackling Tobacco Smuggling—building on our success. A renewed strategy for HM Revenue & Customs and the UK Border Agency*, Abril 2011, pág. 5.

³⁵⁸ PriceWaterhouse, *VAT and Excise Duties: Changes in cross-border purchasing patterns following the abolition of fiscal frontiers on 1 January 1993. Final report prepared for the Commission*, Directorate General of Customs and indirect Taxation, agosto 1994, pág. 36.

³⁵⁹ El número de cigarrillos vendidos por persona en Luxemburgo era, por ejemplo, diez veces superior al de Bélgica.

³⁶⁰ Estos números están en consonancia con el estudio realizado en 1995 por JOOSENS y RAW en el que estimaban que solo el 15% de las ventas de tabaco realizadas en Luxemburgo se

cigarrillos a unos tipos similares como Austria (187 euros), España (164 euros) o Portugal (128 euros). Estos mismos datos confirman que los Estados con impuestos especiales más elevados no recaudan tampoco necesariamente más, como es el caso de Alemania (155 euros), Reino Unido (158 euros), Francia (151 euros) o los Países bajos (94 euros)³⁶¹.

De hecho, aunque no existan estudios que pongan sobre la mesa cifras concretas, la existencia de *cross-border shopping* de tabaco es una realidad en muchas zonas fronterizas. Si tenemos presente el mapa con las diferencias de precio entre los Estados miembros (Gráfico 3), son comprensibles las fuertes caídas de venta que denuncian los vendedores de tabaco en regiones como el Noreste de Italia (en frontera con Eslovenia)³⁶² o el sur de Francia (en frontera con España)³⁶³.

Aparte, la Unión afronta un severo problema de contrabando en relación al tabaco por su mínimo coste de transporte, su fácil ocultación y su alto valor precio/kilo, generado por la alta fiscalidad. Aunque no ahondaremos en este tema por escapar del objeto de nuestro estudio, sí que queremos recordar que no es un asunto baladí: las estimaciones apuntan a que más del 10% del tabaco consumido en la Unión Europea procede del contrabando. Como indicamos anteriormente, las principales zonas de entrada de estos productos son ahora las fronteras terrestres de los Estados del Este, aunque mantienen su importancia los puertos marítimos³⁶⁴.

consumían en este Estado: JOOSSENS, L. y RAW M., "Smuggling and cross border trade of tobacco in Europe, *op.cit.*, pág. 1393.

³⁶¹ Véase: Excise Duty Tables, Julio 2012, Manufactured Tobacco, pág. 6 y Excise Duty Tables, Julio 2012, Tax receipts, Manufactured tobacco, pág. 5.

³⁶² "Vendite transfrontaliere: la misura è colma!", *Federazione Italia Tabaccai*, 5 de junio de 2010.

³⁶³ "Tabac: barrage á la frontière espagnole", *Le figaro*, 5 de diciembre de 2010.

³⁶⁴ Para un análisis más detallado en que se incluyen estas y otras cuestiones nos remitimos al extenso trabajo monográfico: GIL SORIANO, A., "Fiscalidad de tabaco y contrabando", *op. cit.*, págs. 64 y ss.

8.3.3. Estudios sobre los hidrocarburos

En el ámbito de los hidrocarburos existe una extensa literatura que advierte de la presencia del denominado *fuel tourism* en regiones fronterizas. En este caso, debemos distinguir entre dos manifestaciones diferentes de este fenómeno. Por un lado, tenemos a los particulares que cruzarán la frontera para llenar básicamente el depósito de sus vehículos (diésel o sin plomo), por lo que el alcance de estas compras se limita a las regiones fronterizas y su importe es limitado. No obstante, este gesto de adquirir el combustible en otro Estado miembro se convierte en un hábito frecuente y suele servir de incentivo para la realización de otras compras.

En cambio, los operadores profesionales de transporte, como ha hecho ver la Comisión, manejan vehículos con una enorme autonomía (entre 1.500 y 3.000 kilómetros con un solo depósito) por lo que, en caso de realizar traslados intracomunitarios, adoptan una estrategia sistemática de arbitraje fiscal, abasteciéndose de combustible, principalmente diésel, en los Estados con un nivel impositivo más bajo para aprovechar esta importante ventaja competitiva. Este hecho provoca varios efectos concurrentes:

- distorsiona la competencia en el sector del transporte, alentando la realización de actividades por operadores ubicados en Estados con bajos impuestos especiales³⁶⁵;
- distorsiona la competencia en los centros de distribución, ya que es más caro transportar los bienes desde un Estado que desde otro³⁶⁶.

³⁶⁵ Un estudio desarrollado por el Ministerio de Transporte francés demuestra como entre los años 1997-2001 los operadores de transporte de Estados con impuestos especiales más bajos (Luxemburgo, Austria, Italia o España) ganaron cuota de mercado respecto a Estados como Reino Unido, Francia u Holanda con precios de diésel más altos. Trabajo citado en: *Commission Staff Working Document, Accompanying document to the Proposal for a Council Directive amending Directive 2003/96/EC as regards the adjustment of special tax arrangements for gas oil used as motor fuel for commercial purposes and the coordination of taxation of unleaded petrol and gas oil used as motor fuel* – Impact Assessment, pág. 11.

- provoca ineficiencias y mayor contaminación si los transportistas deciden desviarse de su ruta lógica para beneficiarse de un menor coste del combustible³⁶⁷;
- obviamente, reduce las ventas en las estaciones de servicio cercanas a la frontera y a nivel global reduce la recaudación de los Estados con impuestos especiales más elevados³⁶⁸.

³⁶⁶ La Comisión en 2007 empleó como ejemplo dos camiones que cargan sus mercancías en el puerto de Hamburgo (Alemania) o de Antwerp (Bélgica) y que recorren la misma distancia para descargar en Nuremberg (Alemania). Las diferencias de precio en el combustible suponen más de 6.500 euros por camión y año. Obviamente, este hecho favorece la actividad de los puertos de Bélgica frente a los de Alemania. *Commission Staff Working Document, Accompanying document to the Proposal for a Council Directive amending Directive 2003/96/EC as regards the adjustment of special tax arrangements for gas oil used as motor fuel for commercial purposes and the coordination of taxation of unleaded petrol and gas oil used as motor fuel – Impact Assessment*, pág. 12. En opinión del Comité Económico y Social Europeo, existen muchos otros factores que no resultan armonizables y que forman parte del coste del transporte, aparte del carburante: el coste del vehículo, los impuestos de circulación, el seguro, etc. Ante estas diferencias el CESE considera que la influencia de la armonización de los impuestos especiales sobre el gasóleo en la reducción de las distorsiones de la competencia a nivel europeo será modesta. Véase: *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo "Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/96/CE en lo relativo a la adaptación del régimen fiscal especial aplicable al gasóleo utilizado como carburante de automoción para fines profesionales, y a la coordinación de la imposición de la gasolina sin plomo y del gasóleo utilizado como carburante de automoción"*, apartados 3.2.1 y 3.2.2.

³⁶⁷ Según datos que recaba la Comisión de un estudio húngaro, un 40% de los transportistas reconocen que por una diferencia de precio de 10 cts./litro estarían dispuestos a realizar un desvío de entre 20 y 50 kms. Si la diferencia se eleva a 15 cts./litro, este desvío puede alcanzar los 100 kms. *Commission Staff Working Document, Accompanying document to the Proposal for a Council Directive amending Directive 2003/96/EC as regards the adjustment of special tax arrangements for gas oil used as motor fuel for commercial purposes and the coordination of taxation of unleaded petrol and gas oil used as motor fuel – Impact Assessment*, pág. 13. Estamos de acuerdo con los argumentos expuestos por el Comité Económico y Social cuando manifiesta que se han sobrevalorado los efectos de los desvíos y de la contaminación causada por el *fuel tourism* (turismo del lleno o turismo de gasolinera en las traducciones), principalmente porque los transportistas son los primeros interesados en ser eficientes y porque Luxemburgo, principal ejemplo, es de por sí un punto obligado de paso de muchas rutas. Véase: *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo "Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/96/CE en lo relativo a la adaptación del régimen fiscal especial aplicable al gasóleo utilizado como carburante de automoción para fines profesionales, y a la coordinación de la imposición de la gasolina sin plomo y del gasóleo utilizado como carburante de automoción"*, apartados 2.7 y 2.8.

³⁶⁸ En el caso de Alemania, la empresa *Schmid Traffic Service GmbH* estimó para el año 2004 que este *fuel tourism* le costaría a las arcas germanas 1.915 millones de euros, cifra que ascendía a 3.600 millones si se incluía la pérdida de recaudación por IVA y otros impuestos especiales. Los principales Estados limítrofes beneficiados eran Polonia (28%) y República Checa (27%). *Commission Staff Working Document, Accompanying document to the Proposal for a Council Directive amending Directive 2003/96/EC as regards the adjustment of special tax arrangements for gas oil used as motor fuel for commercial purposes and the coordination of taxation of unleaded petrol and gas oil used as motor fuel – Impact Assessment*, pág. 14.

Entre los estudios que constatan la presencia de este *fuel tourism* comenzaremos por el realizado por BLEIJENBERG, que ya en 1994 estimaba que hasta dos tercios del combustible vendido en Luxemburgo era adquirido por ciudadanos de otros Estados miembros³⁶⁹. En Austria, un estudio más actual estima que este fenómeno atrae el 26% de las ventas totales (más de la mitad por diésel destinado a camiones de gran tonelaje)³⁷⁰. En Irlanda, las diferencias de precio (en parte también causadas por la oscilación del tipo de cambio) respecto a Gran Bretaña e Irlanda del Norte elevaron las compras fronterizas de diésel por encima del 15%³⁷¹.

Un interesante trabajo es el realizado por RIETVELD y otros³⁷², en el que analizan la dinámica de las compras transfronterizas de combustible de ciudadanos holandeses en Alemania y Bélgica, antes y después de una subida de tipos en 1997. El gran logro del trabajo es constatar empíricamente la influencia en el comportamiento de los ciudadanos de diversos diferenciales de precio, lo que permite estimar la incidencia de futuros cambios fiscales así como idear métodos para neutralizar los efectos de los mismos³⁷³.

Otro estudio que ha estimado el impacto y la influencia de cambios impositivos en las compras transfronterizas de combustible ha sido llevado a

³⁶⁹ BLEIJENBERG, A. N., *Internaliser les coûts sociaux des transports*, Conférence européenne des Ministres des Transports (CEMT), L'art de l'internalisation, OECD, 1994. Citado por: ROMERO JORDÁN, D., ÁLVAREZ GARCÍA, S. y JORGE GARCÍA-INÉS, M., "The impact of fuel tourism on retailers' diesel price in Spanish neighbouring region", *Applied Economics*, Vol. 45, núm. 4, 2013, págs. 407-413.

³⁷⁰ *Energy efficiency policies and measures in Austria: monitoring of energy efficiency in EU-27, Norway and Croatia (Odysee-Mure)*, Austrian Energy Agency, 2009, pág. 45.

³⁷¹ En Irlanda, se estima que en el año 2005 las diferencias de precio respecto a Gran Bretaña e Irlanda del Norte provocaron que las compras fronterizas de diésel oscilaran entre el 15 y el 20%. AA.VV., "Medium Term Review 2008-2015", *op. cit.*, 2008, pág. 110.

³⁷² RIETVELD, P., BRUINSMA, F. R., y VAN VUUREN, D. J., "Spatial graduation of fuel taxes; consequences for cross-border and domestic fuelling", *Transportation Research Part A*, Vol. 35, núm. 5, 2001, págs. 433-457.

³⁷³ En concreto, el estudio realiza una interesante predicción del volumen de ciudadanos holandeses que realizará sus compras fronterizas en Alemania y Bélgica en función del diferencial en el precio del combustible. Véase: RIETVELD, P., BRUINSMA, F. R., y VAN VUUREN, D. J., "Spatial graduation of fuel taxes; consequences for cross-border and domestic fuelling", *op. cit.*, pág. 441.

cabo por BANFI y otros³⁷⁴, usando como escenario las regiones fronterizas de Suiza que tienen frontera con Alemania, Italia y Francia. En este trabajo, se estima que un descenso del precio en Suiza del 10% incrementaría en un 17,5% la demanda desde las regiones limítrofes³⁷⁵. De este modo, podemos comprobar como en regiones fronterizas se pone en cuestión la teórica inelasticidad de estos productos.

La presencia de este fenómeno alcanza incluso aquellos Estados descentralizados que, como es el caso de España, otorgan cierto poder normativo a las regiones para que adapten la tributación sobre los hidrocarburos. Este hecho queda confirmado en el estudio realizado por LEAL y otros³⁷⁶, en el que se demuestra el aumento de compras de gasóleo de automoción en Aragón por el incremento de impuestos en otras regiones³⁷⁷.

³⁷⁴ BANFI, S., FILIPPINI, M., y HUNT, L. C., "Fuel tourism in border regions: The case of Switzerland", *Energy Economics*, Vol. 27, 2005, págs. 689-707.

³⁷⁵ Igualmente, en el trabajo se constata como la introducción de un impuesto estatal en Suiza que gravara las emisiones de CO2 eliminaría gran parte de los incentivos a estas compras transfronterizas. Este efecto colateral para la regiones fronterizas hace aconsejable que este tipo de medidas sean adoptadas por una instancia con un ámbito territorial superior. BANFI S., FILIPPINI, M., y HUNT, L. C., "Fuel tourism in border regions: The case of Switzerland", *op. cit.*, págs. 705-706.

³⁷⁶ En concreto, los autores afirman que: "la elevación de los precios medios del gasóleo de automoción en Cataluña y Madrid con respecto a los precios aragoneses tiene un impacto a largo plazo positivo y significativo en las ventas de ese carburante en Aragón. Teniendo en cuenta que el volumen de transporte por mercancías que, transcurriendo por Aragón, tiene su destino final en estas Comunidades, supone, en media para el período 2000-2005, en torno al 62 por 100 de los tránsitos de mercancías por Aragón con destino a las regiones de este estudio, los resultados no hacen sino confirmar la especial sensibilidad del consumo aragonés de gasóleo ante el comportamiento de los precios en estas dos Comunidades. Véase: LEAL MARCOS, A., LÓPEZ LABORDA, J. L. y RODRIGO SAUCO, F., "Precios, impuestos y compras transfronterizas de carburantes", *Papeles de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 16, 2007, pág. 23.

³⁷⁷ La figura impositiva en concreto es el Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, introducido en nuestro derecho por el artículo 9 de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Como indicamos anteriormente, este impuesto ha sido derogado con efectos desde el 1 de enero de 2013 aunque su carga impositiva se integra en el Impuesto sobre Hidrocarburos. La persecución comunitaria a este impuesto tiene su razón de ser en que no se trata de un impuesto especial, sino de un impuesto indirecto sobre las ventas minoristas de combustible realizadas en establecimientos de venta al público. Como característica particular destacamos que su recaudación estaba teóricamente afecta a la financiación de la sanidad, por lo que se denominó *céntimo sanitario*. Aunque se trataba de un tributo estatal, estaba totalmente cedido a las Comunidades Autónomas que, además, tenían libertad para fijar el tipo dentro del tramo autonómico del impuesto, entre 0 y 4,8 céntimos por litro, al que hay que sumar los 2,4 céntimos del tramo estatal. Uno de los motivos de su incompatibilidad con el Derecho de la UE era que así configurado el impuesto podía crear diferencias significativas entre la regiones

8.4. Conclusiones

A pesar de la dificultad intrínseca de medir los efectos de un fenómeno que por su propia naturaleza escapa al control del Estado, en este apartado hemos constatado empíricamente la existencia de *cross-border shopping* en el ámbito de los impuestos especiales en la UE. Su impacto económico no se limita únicamente a las pérdidas de recaudación para los Estados, sino que también produce alteraciones sustanciales en el funcionamiento del mercado interior.

El apoyo genérico de la Comisión a estas prácticas deviene de una ponderación de derechos. Por un lado, el derecho de los ciudadanos a realizar arbitraje fiscal en presencia de diferencias de tributación entre los Estados miembros; por el otro, el derecho de los Estados a aplicar el criterio de territorialidad, de tributación en consumo, para los bienes sujetos a impuestos especiales.

La Comisión se decanta claramente por el primero de estos derechos, consecuencia directa de la sacrosanta libertad de circulación, primordial en la construcción de la UE. Sin embargo, lo hace de un modo sesgado, empleando en ocasiones un argumento que no podemos compartir: las compras transfronterizas son un signo de dinamismo del sistema.

Las compras transfronterizas, sí; el arbitraje fiscal con productos sujetos a impuestos especiales, no. Creemos que el razonamiento de la Comisión nos podría llevar a considerar que es un signo de dinamismo del mercado de trabajo contratar trabajadores de otros Estados miembros aplicando su propia

españolas, supuesto radicalmente en contra, en línea de principio, con la premisa comunitaria de aplicar un tipo único en los impuestos especiales a todo el territorio de un Estado miembro. La actual integración en el impuesto especial sobre Hidrocarburos mantiene esta tacha. Sin embargo, la Propuesta de Directiva que modifica la Directiva 2003/96/CE [COM (2011) 169 final] incluía en su artículo 18 una autorización expresa para que España pudiera disponer que: “los niveles de imposición sobre el consumo energético general aplicados por las Comunidades Autónomas sean superiores a los niveles nacionales de imposición correspondientes”, supuesto que califica como “diferenciación regional”. El principal requisito para su aplicación es que el nivel autonómico de imposición no supere en más de un 15% el nivel de imposición nacional.

normativa del mercado de trabajo, por ejemplo, con menores salarios mínimos. Los salarios mínimos se establecen por razones de equilibrio del sistema, de política social; los impuestos especiales también.

Las cifras de *cross-border shopping* no engañan. Existen ciudadanos que pueden consumir bienes sujetos a impuestos especiales en su Estado de residencia sin abonar los impuestos previstos en su jurisdicción. Es una clara tergiversación del principio *voting with the feet*, derivado de los planteamientos de TIEBOUT. Aparece así un nuevo concepto que denominamos *shopping with the feet*, que no exige cambiar de residencia y permite explotar las carencias del proceso de armonización fiscal y de la integración europea. En productos sujetos a impuestos especiales *shopping with the feet* no es una elección meditada sobre el nivel de presión fiscal y servicios que un consumidor desea. Simplemente es un ejercicio de arbitraje fiscal consentido por la pasividad de las instituciones comunitarias y de los propios Estados miembros para combatir sus perniciosos efectos.

Hasta ahora, únicamente las medidas en el campo de la tributación de los hidrocarburos parecen ir en la senda adecuada para reducir las posibilidades de este arbitraje fiscal. Sin embargo, la previsible subida de los impuestos especiales sobre el gasóleo trae causa más de factores medioambientales que de la toma de conciencia respecto a los efectos del *fuel tourism*. Esta falta de soluciones provoca que algunos Estados adopten medidas unilaterales para proteger sus intereses, actitud que nos resulta lógica en el actual contexto comunitario en que cualquier decisión en el ámbito fiscal debe superar 27 derechos de veto.

Aunque profundizaremos a continuación en la idea, creemos que se puede plantear una diferenciación entre los bienes de consumo inmediato, que se corresponderían con la adquisición de pequeñas cantidades de producto (en los que podría ser legítima la tributación en origen) y las grandes compras, en las que existe un componente de “almacenaje”, de sustraerse de la competencia y de la política sanitaria y medioambiental de un Estado que consideramos, puede conectarse con una finalidad comercial indirecta que debe excluir el uso propio de los productos.

Ante la dificultad de imponer a estas segundas compras la tributación en destino por las dificultades técnicas que supondrían su control y aplicación en otro Estado miembro, podríamos simplemente limitar las adquisiciones realizadas por particulares. En el marco de una política de protección de la salud coherente y proporcional, consideramos que esta medida puede suponer un avance hacia un mayor equilibrio del comercio en zonas fronterizas, únicos sitios donde se concentran las compras exorbitantes que pretenden maximizar los beneficios del arbitraje fiscal.

Obviamente, un serio problema es que esta medida debería ser aplicada por los propios beneficiados por las compras transfronterizas: los vendedores en el Estado de menor tributación. Ya sabemos lo que en muchas zonas de Europa eso significa. Del mismo modo, reconocemos que es un ataque a algunos principios básicos en la construcción de la UE. Sin embargo, una vez que se ha decidido a fijar unos niveles indicativos de “uso propio”, ¿por qué no somos realistas y los reducimos hasta valores acordes con una compra habitual?

9. MEDIDAS ADOPTADAS PARA REDUCIR LOS EFECTOS DEL *CROSS-BORDER SHOPPING*

En este apartado vamos a tratar de exponer y analizar algunas de las medidas que se han adoptado para paliar los efectos perniciosos de las compras transfronterizas en la Unión Europea. En primer lugar, analizaremos los límites impuestos en el propio Derecho de la UE. Posteriormente estudiaremos algunas de las medidas unilaterales de autoprotección adoptadas por los Estados miembros. Finalmente, formularemos un par de propuestas que, no sin costes de implementación, podrían poner cierto coto a los efectos más perniciosos del *cross-border shopping* de productos sujetos a impuestos especiales.

9.1. Los límites comunitarios ante las prórrogas a la adaptación

Como hemos indicado anteriormente, el ámbito de las labores del tabaco ha sido en el que ha existido una mayor sensibilidad respecto al fenómeno del *cross-border shopping*. El avance en la armonización al alza de los tipos se ha sustentando en gran parte en la concesión a algunos Estados miembros de periodos transitorios para su adaptación paulatina³⁷⁸. Pues bien, en paralelo a estas prórrogas, las Directivas también han reconocido a los Estados ya adaptados a los nuevos valores de tributación, regímenes derogatorios del sistema de compras por particulares previsto en el actual artículo 32 de la Directiva horizontal.

La aprobación de la Directiva 92/79/CEE relativa a la aproximación de los impuestos sobre los cigarrillos, por ejemplo, concedía a España una prórroga de dos años en su artículo 3.1 para adaptarse al nuevo marco comunitario. En paralelo, se aprobó la primera gran excepción al sistema de compras por particulares: el periodo transitorio concedido en el artículo 26 de la Directiva 92/12/CE a Dinamarca y en sus respectivas Actas de Adhesión a Finlandia y Suecia, para que prorrogaran el régimen de franquicia previsto antes de 1993 (al nivel de las actuales franquicias de viajeros desde países terceros) para el tabaco y las bebidas alcohólicas.

A pesar de las prórrogas concedidas³⁷⁹, que mantuvieron esta excepción en vigor hasta 2003, la Comisión ya advirtió en un informe del año 2000 del

³⁷⁸ GIL SORIANO advierte que esta armonización al alza incentiva el contrabando a pequeña escala en aquellos países como Rumanía o Bulgaria donde dos paquetes de cigarrillos diarios suponen más del 50% del salario medio. Por ello propone: “Hasta que los niveles de riqueza converjan más, sería deseable mantener una carga ad valorem más elevada y regímenes transitorios más flexibles para la carga específica, al menos para los países más pobres”. Véase: GIL SORIANO, A., “Fiscalidad de tabaco y contrabando”, *op. cit.*, págs. 47-48.

³⁷⁹ Directiva 96/99/CE del Consejo de 30 de diciembre de 1996 por la que se modifica la Directiva 92/12/CEE relativa al régimen general, tenencia, circulación y controles de los productos objeto de impuestos especiales; cuatro años después la Directiva 2000/44/CE del Consejo, de 30 de junio de 2000, por la que se modifica la Directiva 92/12/CEE por lo que se

fracaso de aplicar restricciones tan rígidas a los viajeros intracomunitarios en el contexto del mercado interior, “sobre todo, porque el Derecho comunitario prohíbe los controles sistemáticos en las fronteras interiores”³⁸⁰. Incluso, destacó su influencia en un posible incremento del contrabando. Si no se permite a los particulares realizar compras transfronterizas, puede ser que recurran a métodos ilícitos para acceder a la reducción de tipos que esperaban obtener de manera legal³⁸¹.

Con la última ampliación de la UE, sin embargo, se ha vuelto a recurrir a un sistema similar (tal vez porque no hay otro). De este modo, al mismo tiempo que se concedía a diez de los doce nuevos Estados miembros prórrogas para la implantación de la tributación mínima sobre los cigarrillos en sus respectivas Actas de adhesión (en algunos casos hasta el 31 de diciembre de 2009), se autorizaba durante ese mismo periodo a los demás Estados miembros a que aplicaran a los cigarrillos procedentes de estos Estados los restrictivos límites de franquicia previstos para las entradas desde Estados terceros³⁸².

En estos momentos, el artículo 46.3³⁸³ de la Directiva 2008/118/CE contempla una medida similar³⁸⁴, al autorizar a los Estados miembros a reducir

refiere a las restricciones cuantitativas temporales aplicables a los productos sujetos a impuestos especiales introducidos en Suecia desde otros Estados miembros.

³⁸⁰ De hecho, los propios Estados reconocían que “los controles de viajeros son generalmente bastante reducidos y únicamente se efectúan de forma aleatoria o por razones debidamente justificadas”. Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social sobre la aplicación de las restricciones practicadas por Dinamarca, Finlandia y Suecia en cuanto a la cantidad de los productos sujetos a impuestos especiales que los viajeros pueden introducir para su uso personal en el territorio de estos países desde otros Estados miembros, COM (2000) 316 final, de 24 de mayo de 2000, apartados 2 y 5.

³⁸¹ “(l)a aplicación de las restricciones no parece ser eficaz para combatir la importación de cantidades superiores a las permitidas a los viajeros e incluso parece dar lugar al desarrollo de actividades ilegales y de un contrabando organizado”. COM/2000/0316 final, de 24 de mayo de 2000, apartado 5.

³⁸² Véase el apartado 3.4.4. En principio este límite es de 200 cigarrillos, sin embargo, como confirmó en la STJUE de 5 de octubre de 2006, *Amalia Valeško*, asunto C-140/05, si existían restricciones mayores con anterioridad, mientras que no se produjera la armonización de tipos, estas se podían mantener. En concreto, el Tribunal legitimaba que Austria pudiera mantener una franquicia de solo 25 cigarrillos respecto Eslovenia mientras que esta no adaptara su normativa.

³⁸³ Redacción dada por la Directiva 2010/12/UE del Consejo, de 16 de febrero de 2010.

³⁸⁴ Recordamos, no obstante, las diferencias respecto al régimen de franquicia previsto para los productos procedentes de terceros países. En éste, una vez superada la franquicia no cabe prueba en contrario. El sistema de niveles indicativos, aunque se supere, permite demostrar los

a partir de 2014 a 300 unidades (frente a las 800 previstos en el art. 32.3) los niveles indicativos del uso propio respecto a los cigarrillos provenientes de los Estados miembros que, acogiéndose a la prórroga prevista en el artículo 2.2, tercer párrafo, de la Directiva 92/79/CEE, apliquen un impuesto mínimo por debajo de 77 euros por 1.000 cigarrillos³⁸⁵.

La existencia de estos regímenes derogatorios temporales para mitigar el *cross-border shopping* responde claramente a la presión de los Estados miembros que se sienten perjudicados por la ralentización del proceso de armonización de tipos tras la última ampliación de la UE. En nuestra opinión, su efecto es más disuasorio que real salvo que los Estados miembros adopten controles más intensos en sus fronteras para asegurar su cumplimiento. Sin embargo, mientras que las fronteras aéreas son fácilmente controlables en los aeropuertos, no podemos decir lo mismo de los controles de las vías terrestres. Cualquier incremento de controles entraña evidentes dificultades operativas y, como veremos a continuación, jurídicas.

Estos límites son fruto del consenso alcanzado en una negociación multilateral y están sujetos a un límite temporal, por lo que en principio no deben evaluarse como si fueran un elemento común de la normativa. Sin embargo, su uso frecuente hace vaticinar que recuperarán protagonismo en el futuro, dado que la regla de la unanimidad a buen seguro obligará de nuevo a un acercamiento flexible de tipos y, paralelamente, a apaciguar el afán proteccionista de los Estados con tipos más elevados.

finés particulares de la adquisición. Sin embargo, en el caso de la franquicia solo se devenga el impuesto por el exceso, mientras que si se determina la finalidad comercial de la tenencia de productos se produce el devengo por la totalidad.

³⁸⁵ Esta prórroga permite a algunos Estados aplicar un tipo inferior a los 77 euros por 1000 cigarrillos hasta el 31 de diciembre de 2017, en concreto, Bulgaria, Rumanía, Hungría, Lituania, Letonia, Polonia, Estonia y Grecia (aunque estos dos últimos ya están por encima).

9.2. Medidas unilaterales de los Estados

El claro sesgo de las instituciones comunitarias en favor de la proliferación de compras transfronterizas realizadas por particulares trae consigo una permisividad excesiva respecto a las distorsiones que provoca este fenómeno en las regiones fronterizas. La falta de soluciones a escala comunitaria ha llevado a varios Estados a tomar medidas unilaterales para salvaguardar sus intereses recaudatorios, a la par que protegen la realización de determinadas actividades comerciales en zonas cercanas a la frontera.

Los términos en que está configurado el artículo 32 de la Directiva confieren a los particulares un amplísimo margen para realizar sus compras en otro Estado miembro, dado que los niveles indicativos resultan más que generosos si tomamos como referencia el consumo medio de cualquier ciudadano. En cambio, este margen de confianza a los particulares sitúa a los Estados miembros con elevados impuestos especiales en una clara posición de debilidad frente a las compras transfronterizas realizadas en otro Estado miembro pero destinadas a consumirse en su territorio.

9.2.1. El Reino Unido: estrictos controles en frontera

Ante la evidente imposibilidad de alterar unilateralmente el régimen normativo comunitario, el Reino Unido, personificado en su Administración tributaria (*HM Revenue & Customs*), estableció a partir del año 2000 una serie de prácticas administrativas muy rígidas que perseguían, no ya solo reducir las compras transfronterizas, sino combatir el grave problema de contrabando de alcohol y tabaco que siempre, por sus elevados impuestos especiales, ha afectado a las islas británicas³⁸⁶. Con este fin, instauró un estrecho sistema de

³⁸⁶ Estas medidas se insertaban dentro del programa *Tackling Tobacco Smuggling*, iniciado en el año 2000 y cuyos efectos y alcance son evaluados en: HM Revenue & Customs, *Tackling*

controles en el que se calificaba con finalidad comercial cualquier adquisición por encima de los valores indicativos, lo que suponía nada menos que la confiscación de dichos bienes y, en su caso, la del vehículo empleado para el transporte.

Tras recibir múltiples quejas de particulares, la Comisión inició en octubre de 2001³⁸⁷ un procedimiento de infracción contra el Reino Unido por limitar la libre circulación de bienes en el mercado interno y aplicar improcedentemente los criterios del artículo 32, ya que empleaba como única prueba la superación de los niveles indicativos. Poco después, la Comisión añadiría a la lista de infracciones la absoluta desproporción de la confiscación prevista para los supuestos en que se corroboraba la ausencia de ánimo de lucro³⁸⁸. Ante la falta de cumplimiento de algunas de sus recomendaciones, la Comisión decidió denunciar al Reino Unido ante el Tribunal de Justicia el 20 de octubre de 2004³⁸⁹.

Menos de dos años después, el 28 de junio de 2006, la Comisión retiró la denuncia al constatar que el Reino Unido había modificado sus prácticas administrativas reduciendo los controles en la frontera, valorando la existencia de otros criterios para apreciar los fines comerciales y, sobre todo, excluyendo la confiscación en casos de ilícitos menores (sustituyéndola por la correspondiente liquidación de impuestos especiales y una multa).

Tobacco Smuggling—building on our success. A renewed strategy for HM Revenue & Customs and the UK Border Agency, Abril 2011.

³⁸⁷ Comisión Europea: *Commission moves against UK over travelers' rights to bring home alcohol and tobacco*, 24 de octubre de 2001, IP/01/1482.

³⁸⁸ Fundamentalmente en aquellos supuestos en que el sujeto adquiriría bienes por encima de los niveles indicativos por cuenta de amigos o familiares, pero sin ánimo de lucro; o en los casos en que cometen pequeños excesos respecto a estos límites. Comisión Europea: *Commission asks UK for more details of rules applied to cross-Channel shoppers*, 18 de octubre de 2002, IP/02/1320 y Comisión Europea, *Cross-border shopping: Commission asks Spain and the United Kingdom for information over travelers' rights to bring home alcohol and tobacco*, 12 de noviembre de 2003, IP/03/1539.

³⁸⁹ Comisión Europea. *Cross-border shopping: Commission decides to take UK to Court over seizures of tobacco and cars*, 20 de octubre de 2004, IP/04/1255. Anteriormente, ya había emitido el dictamen motivado previsto en el, por entonces, artículo 226 del Tratado, actual 258 TFUE. Comisión Europea. *Cross-border shopping: Commission requests UK to amend its policy of seizure of tobacco and cars*, 7 de julio de 2004, IP/04/867.

Dentro de esta línea temporal el Reino Unido inició en el año 2002 una estrategia para erradicar el contrabando que incluía la ampliación de los niveles indicativos de los fines comerciales a 3.200 cigarrillos (nada menos que 160 cajetillas) y a 3 kilogramos de tabaco de liar³⁹⁰. Una vez alcanzados los objetivos en materia de contrabando y para controlar el elevado nivel de compras transfronterizas, el Reino Unido retomó, con efectos desde el 1 de octubre de 2011, los niveles previstos en la Directiva 2008/118/CE (800 cigarrillos y 1 kilogramo de tabaco de liar)³⁹¹.

La principal conclusión que sacamos de esta aventura británica es que la “manga ancha” con las compras transfronterizas puede ser empleada para combatir el contrabando organizado. *Sensu contrario*, una política de control excesivamente estricta sobre el *cross-border shopping* puede fomentar el contrabando.

Solventados los problemas de contrabando, sin embargo, los Estados más expuestos a sufrir el shopping with the feet de sus ciudadanos, se ven obligados a jugar al límite de la legalidad para intentar hacer menos atractivas estas compras fronterizas. Al final, si la Unión Europea no toma conciencia respecto a las distorsiones recaudatorias, sociales y comerciales que este fenómeno genera, los Estados pueden acabar *matando moscas a cañonazos*.

³⁹⁰ Al contrario de lo que consideraba la Asociación de Productores de Tabaco, no consideramos que esta sea una señal confusa respecto a los límites impuestos posteriormente respecto a los nuevos Estados miembros. En el caso del Reino Unido, el peligro del contrabando a pequeña escala pasaba por el Canal, por lo que era ahí donde se debía tratar de sustituir contrabando por compras transfronterizas. Véase: *Memorandum submitted by the Tobacco Manufacturers' Association*, 8 de noviembre de 2004. El contrabando a gran escala, en cambio, fue combatido implicando a la industria tabacalera y con una mayor inversión en aduanas. Para más detalles sobre esta estrategia véase: GIL SORIANO, A., “Fiscalidad de tabaco y contrabando”, *op. cit.*, págs. 69-70. En opinión de este autor la conjunción de medidas se demostró como un éxito: subieron los impuestos, bajó el consumo de tabaco, aumentó la recaudación y disminuyó el contrabando.

³⁹¹ Esta medida está enmarcada dentro de la estrategia del HM Revenue & Customs: *Tackling Tobacco Smuggling—building on our success. A renewed strategy for HM Revenue & Customs and the UK Border Agency*, 2011.

9.2.2. Francia: límites a la circulación de tabaco por debajo de los niveles indicativos

En una cruzada similar a la protagonizada por el Reino Unido se ha embarcado en los últimos años Francia. De hecho, el Estado francés ha ido más lejos y su caso está pendiente del pronunciamiento del Tribunal de Justicia. Su desafío a la Comisión comenzó en el año 2005 en el que, presionada por la pérdida de ingresos producida por el *cross-border shopping*³⁹² y la caída de ventas de los dispensadores de tabaco de las zonas fronterizas³⁹³, decidió aprobar una limitación a la circulación de tabaco que impide el transporte de más de 1 kg de tabaco (equivalente a 1.000 cigarrillos) fuera del régimen suspensivo³⁹⁴.

Esta exigencia, aunque aplicable a todo el territorio, supone en la práctica la fijación de un límite absoluto a las adquisiciones transfronterizas de tabaco, dado que prohíbe el transporte de productos por encima de dicho umbral. Sólo por debajo del mismo será concebible el régimen de la tenencia con fines particulares³⁹⁵.

³⁹² Tal y como documenta LAKHDAR, C. B., "Quantitative and qualitative estimates of cross-border tobacco shopping and tobacco smuggling in France", *Tobacco Control*, *op. cit.*, págs. 12-16.

³⁹³ Hay que tener presente que tras las subidas de los años anteriores y conforme a los datos a enero de 2006, el impuesto especial total sobre los cigarrillos en Francia por cada 1.000 unidades era de 160 euros, mientras que en España y Luxemburgo, dos de los Estados con los que existía mayor comercio transfronterizo, era de 72,33 y 82,10 euros respectivamente. Véase: Comisión Europea: Excise Duty Tables, Manufactured Tobacco, enero 2006, pág. 7. Es comprensible por tanto, que ante una caída de más del 36% de las ventas en regiones fronterizas, los estanqueros franceses presionaran para imponer medidas restrictivas. Consúltese, por ejemplo: "Francia quiere limitar a un cartón por persona el tabaco comprado en Navarra", *Diario de Navarra*, 4 de noviembre de 2005.

³⁹⁴ Art. 20 de la *Loi n° 2005-1579 du 19 décembre 2005 de financement de la sécurité sociale pour 2006*. Este artículo modifica el artículo 575 G del *Code General des Impôts*:

"Les tabacs manufacturés ne peuvent circuler après leur vente au détail, par quantité supérieure à 1 kilogramme, sans un document mentionné au II de l'article 302 M."

Este documento de acompañamiento es el previsto en el *Reglamento (CEE) núm. 2719 / 92 de la Comisión de 11 de septiembre de 1992*, modificado por el *Reglamento (CEE) núm. 2225 / 93 de la Comisión de 27 de julio de 1993*.

³⁹⁵ Esta medida está muy en la línea de la Recomendación presentada por Philip Morris al "Public Health White Paper" del parlamento británico: "Specifically, the Government should introduce fixed limits on cross-border personal imports replacing the current indicative limits to

A simple vista, esta reforma es frontalmente contraria a los criterios recogidos en el artículo 32 de la Directiva horizontal, al derogar en la práctica el sistema de niveles indicativos previsto para justificar la tenencia con fines personales de productos sujetos a impuestos especiales, en este caso de tabaco.

Además, como denunciaba la Comisión en el dictamen motivado que envió a Francia en noviembre de 2009 para la solicitar derogación de este régimen³⁹⁶, la práctica administrativa era especialmente rígida, las sanciones desproporcionadas y los controles se centraban casi exclusivamente en zonas cercanas a la frontera, orientándose casi en exclusiva a controlar las compras realizadas por particulares en otro Estado miembro. De este modo, no solo se ignoraban los demás criterios previstos en el actual artículo 32.2, sino que el criterio cuantitativo (no obstante ser superior a los niveles de la Directiva) se convertía en el único instrumento de evaluación. Por otro lado, el nuevo límite era común para todos los productos transportados (en vez de un límite por cada modalidad de labor del tabaco) y se aplicaba por vehículo y no por cada persona mayor de edad.

Ante la pasividad de Francia, la Comisión decidió presentar en junio de 2010 el recurso previsto en el actual artículo 258 TFUE ante el Tribunal de Justicia, reafirmando que la norma francesa era contraria al principio de libre circulación y a la Directiva horizontal de impuestos especiales³⁹⁷. En un primer momento, el gobierno francés se atuvo a razones y previó en el artículo 30.III.1 del *Projet de loi de finances rectificative pour 2010*, presentado en noviembre

establish clear, simple rules that can be adequately communicated to consumers and enforced. This should be combined with other measures, including establishing a maximum sales limit of cigarettes; a maximum limit for possession of cigarettes; and requiring a licence for sending cigarettes via mail from one country to another, in order to reduce most negative side consequences of cross-border sales. *The Government's Public Health White Paper*, House of Commons, Health Committee, (Cm 6374), Londres, 2005, pág. 150 (ev. 171).

³⁹⁶ Comisión Europea: Manufactured tobacco: *Commission asks France to abolish its strict quantitative limits on private individuals' tobacco purchases in other Member States*, 20 de noviembre de 2009, IP/09/1766.

³⁹⁷ Press Release: Fiscalité: *la Commission traduit la France devant la Cour de Justice dans les domaines de TVA et des accises*, 24 de junio de 2010, IP/10/793.

de ese mismo año, la derogación del citado límite que impedía la circulación de más de 1 kg de tabaco en cualquier formato³⁹⁸.

Finalmente, en cambio, la presión de los expendedores de tabaco franceses provocó que la Asamblea Nacional francesa diera un paso atrás y renunciara a eliminar estos límites, por lo que la causa sigue su curso ante el Tribunal de Justicia³⁹⁹. En espera de la respuesta del órgano jurisdiccional, los particulares que superen los límites previstos en la normativa francesa no podrán, con ningún argumento, justificar la finalidad personal de su adquisición. Hay que destacar eso sí, que la rigidez de este límite no ha impedido que el *cross-border shopping* continúe siendo frecuente dadas las grandes diferencias de precio con algunos Estados contiguos⁴⁰⁰.

9.2.3. Italia: descuentos en carburantes para reducir el *fuel tourism* de los particulares

Otro de los Estados que ha reaccionado unilateralmente adoptando medidas para proteger su recaudación en materia de impuestos especiales ha sido Italia, en este caso, para combatir el *fuel tourism* en las fronteras con Austria, Suiza y Eslovenia.

En los años 90, el gran diferencial del precio del combustible entre Italia y estos países hacía frecuente que los ciudadanos italianos cruzaran la frontera *per fare il pieno*⁴⁰¹. Las grandes pérdidas, tanto de actividad en las estaciones de servicio como a nivel recaudatorio, llevaron al gobierno italiano a aprobar, el artículo 3, coma 15, de la *Legge 28 dicembre 1995, n. 589 (Misure di razionalizzazione della finanza pubblica)* en el que establecía que:

³⁹⁸“Tabac: les achats ne sont plus limités à l'étranger”, *Le figaro*, 18 de noviembre de 2010.

³⁹⁹ “Tabac: la France refuse de supprimer ses quotas”, *EurActiv*, 1 de diciembre de 2010.

⁴⁰⁰ “El 80% de los clientes de los estancos fronterizos son franceses”, *Diario Vasco*, 17 de enero de 2011.

⁴⁰¹ Las principales regiones en frontera con Suiza son Lombardía, Piamonte, o Valle de Aosta; con Eslovenia, Friuli-Venecia Giulia y con Austria, Trentino Alto Adige.

“le regioni, nonché le province autonome, possono determinare, con propria legge e nell’ambito della quota dell’accisa a loro riservata, una riduzione del prezzo alla pompa della benzina e del gasolio per autotrazione, per i soli cittadini residenti nella regione o nella provincia autonoma o in una parte di essa”.

Una vez autorizadas a realizar estas reducciones, varias regiones italianas aprobaron diferentes sistemas de articulación de los descuentos⁴⁰²:

- Región de Friuli-Venecia Giulia: *Legge Regionale 12 novembre 1996, n. 47*⁴⁰³;
- Región de Lombardía: *Legge Regionale della Lombardia del 20 dicembre 1999, n. 28*⁴⁰⁴;
- Región de Piamonte: *Legge regionale 23 aprile 2001, n. 9*⁴⁰⁵.
- Provincia autónoma di Bolzano⁴⁰⁶.

⁴⁰² A la Región del Valle de Aosta se le reconoció a través de la ley 3 agosto 1949, n. 623 y sus sucesivas modificaciones, un estatuto especial, similar al de zona franca. Entre estas prerrogativas, estaba la de disponer de un sistema de tributación reducida sobre los combustibles. Más recientemente, mediante la *Legge regionale 27 febbraio 1998, n. 7 (Ripartizione e distribuzione dei contingenti di carburanti e lubrificanti in esenzione fiscale)* se aprobó una cuota de combustible exento de impuestos especiales para los residentes en esta región (las últimas cifras eran 1.000 litros de gasolina o 416 de gasóleo por cada vehículo matriculado). Este sistema, sin embargo, ha sido derogado desde el 1 de enero de 2010 por la *Legge regionale 23 dicembre 2009, n. 51*. Tras la finalización del plazo de gracia concedido hasta el 31 de diciembre de 2006 por la Directiva 2003/96/CE, las horas de este privilegio estaban contadas.

⁴⁰³ *Legge Regionale 12 novembre 1996, n. 47. Disposizioni per l'attuazione della normativa nazionale in materia di riduzione del prezzo alla pompa dei carburanti per autotrazione nel territorio regionale e per l'applicazione della Carta del cittadino nei vari settori istituzionali*. Este régimen es también aplicable a las ciudades de Trieste y Gorizia,

⁴⁰⁴ *Legge Regionale della Lombardia del 20 dicembre 1999, n. 28. Disposizioni in Materia di riduzione del prezzo alla pompa delle benzine*.

⁴⁰⁵ *Legge regionale 23 aprile 2001, n. 9, Disposizioni in materia di riduzione dei prezzi dei carburanti per autotrazione in territorio regionali di confine*. Únicamente podrán beneficiarse de estas reducciones los habitantes de los municipios de las Provincia fronteriza del Verbanio Cusio Ossola.

⁴⁰⁶ La provincia autónoma de Bolzano, región fronteriza tanto con Austria como con Suiza, insertó un nuevo artículo 16 bis en la *Legge provinciale 17 febbraio 2000, n. 7, Nuovo ordinamento del commercio*; a través del artículo 7 de la *Legge provinciale del 19 luglio 2007, n. 4; Disposizioni in connessione con l'assestamento del bilancio di previsione della Provincia*

Aunque cada una de las regiones establece un sistema de gestión diferente y con descuentos variables, el funcionamiento y estructura es similar: se concede a los residentes en los *comuni* dentro de un rango de distancia con la frontera correspondiente, una tarjeta con la cual podrán acceder a descuentos en la adquisición de combustible. Entre las características comunes de estos regímenes destacamos:

- solo pueden ser titulares de estas tarjetas los particulares. Para evitar un uso comercial del carburante se establecen umbrales máximos de consumo⁴⁰⁷;
- los descuentos se estructuran en función de la distancia respecto a la frontera. Los residentes de poblaciones más cercanas a la frontera reciben un descuento mayor;
- las estaciones de servicio realizan declaraciones periódicas en las que hacen constar los descuentos realizados a los particulares y la región les reembolsa este importe⁴⁰⁸.

Como es de suponer, la aprobación y funcionamiento de estos sistemas no han estado exentos de polémica. El 29 de febrero de 2000, por ejemplo, un grupo de ciudadanos italianos presentaron un recurso ante la Comisión Europea contra la *Legge Regionale della Lombardia del 20 dicembre 1999, n.*

autonoma di Bolzano per l'anno finanziario 2007 e per il triennio 2007-2009. Este artículo 16 bis ha sido posteriormente desarrollado por *Delibera de la Giunta Provinciale 3 dicembre 2007, n. 4120 - Individuazione dei comuni della provincia di Bolzano interessati al contributo per la riduzione del prezzo alla pompa della benzina e del gasolio* y *Delibera de la Giunta Provinciale 17 dicembre 2007, N. 4415 - Determinazione dei criteri per la fruizione del contributo per la riduzione del prezzo alla pompa della benzina e del gasolio*. Estos dos textos normativos, junto con sus posteriores modificaciones han diseñado un sistema muy flexible en el que el descuento aplicado a los ciudadanos es del 95% de la diferencia de precio en las zona A, a menos de 10kms. de la frontera y del 60% en la zona B, entre 10 y 20 kms.

⁴⁰⁷ Hay que destacar, no obstante, que el diferencial del precio del gasóleo, combustible empleado mayoritariamente por los transportistas, era mucho menor que el de la gasolina sin plomo.

⁴⁰⁸ El régimen previsto en la original Legge Regionale 12 novembre 1996, n. 47 de Friuli-Venecia Giulia era diferente. El reembolso se realizaba en último término a los distribuidores mayoristas, que lo adelantaban a las estaciones de servicio.

28, al considerarla contraria al sistema armonizado de tipos previsto en la, por entonces vigente, Directiva 92/81/CEE y al principio de no discriminación. Finalmente, la Comisión declaró en septiembre de 2003 que los reembolsos previsto por esta ley no constituyen ayuda de Estado⁴⁰⁹. Una vez autorizados, y teniendo en cuenta sus magníficos resultados⁴¹⁰, es lógico que este sistema siga vigente en la actualidad. No obstante, el incremento de los impuestos especiales sobre los carburantes en Italia en los últimos meses ha vuelto a plantear la necesidad de ampliar estos descuentos⁴¹¹; el parlamento italiano, sin embargo, ha rechazado las propuestas al respecto⁴¹².

Un conflicto más grave es el existente respecto a la normativa que desarrolla los descuentos en la Región de Friuli-Venecia Julia, la *Legge Regionale 12 novembre 1996, n. 47*. Este sistema establecía una reducción de los impuestos especiales cuando fueran distribuidos a particulares, importe que posteriormente se reembolsaba directamente a las distribuidoras, sujetos pasivos del impuesto. El objetivo fundamental del mismo era proteger los intereses recaudatorios de la región frente al *fuel tourism* en Eslovenia. Fue autorizado expresamente por la Unión Europea a través de la Decisión del Consejo 1997/425/CE del 30 de junio de 1997, en principio solo hasta el 31 de diciembre de 1998, aunque después fue prorrogado⁴¹³.

⁴⁰⁹ Carta del 23 de septiembre del 2003, protocolo n. D/55986.

⁴¹⁰ Según datos oficiales, la aplicación de este sistema permitió incrementar en más de un 50% las ventas de combustible en los municipios cercanos a la frontera con Suiza en el periodo 1999-2002. Véase: "Benzina scontata, rinnovate le card. Positivo bilancio dell'operazione nelle province di confine con la Svizzera", *Marketpress.info*, 5 de mayo 2003.

⁴¹¹ El sistema previsto estipula descuentos únicamente para la gasolina, no para el diésel, de entre 10 y 18 céntimos de euro en función de la cercanía a la frontera. Uno de las principales reclamaciones es hacer el sistema más flexible ante las grandes oscilaciones en el precio, tanto en Italia, como en Suiza. Para una consulta actualizada recomendamos: <http://www.prezzibenzina.it/province/svizzera>.

⁴¹² El apartado 1 del artículo 2-ter del *Decreto-legge, 7 ottobre 2008, n. 154*, convertido por la *Legge 4 dicembre 2008, n. 189*, otorga también a las regiones fronterizas con Suiza una cuota adicional del IVA en función del coste financiero del combustible vendido a precio reducido hasta un límite de 20 millones de euros al año. Lombardía pretendía ampliar el sistema al gasóleo y a otros municipios sobre la base de otros apartados del mismo artículo 2-ter. El no del Parlamento de la República, sin embargo, ha dejado el régimen casi en los mismos términos en que fue concebido en el año 2000.

⁴¹³ Prorrogado con Decisiones 1999/255/CE del 30 marzo 1999, 1999/880/CE del 17 diciembre 1999 y 2001/224/CE del 12 marzo 2001.

De hecho, en la Directiva 2003/96/CE se contempló este régimen entre las excepciones para la aplicación de tipos reducidos del Anexo II. Sin embargo, conforme al propio artículo 18.1 de la Directiva, el *dies ad quem* de las mismas era el 31 de diciembre de 2006. Al mantener su vigencia más allá de esta fecha, la Comisión dirigió una carta el 27 de noviembre de 2008 al Estado italiano para informar de la apertura de un procedimiento de infracción (2008/2164)⁴¹⁴.

Para eludir este procedimiento de infracción, la región aprobó un nuevo sistema mediante la *Legge Regionale 11 agosto 2010, n. 14*⁴¹⁵. Conforme al nuevo sistema los beneficiarios son directamente los particulares, con descuentos que oscilan, en principio, entre los 14 y los 21 cts. de euro para la gasolina y entre los 9 y los 14 cts. para el gasóleo. Posteriormente, la Cámara de Comercio reembolsa los importes descontados al titular de la estación de servicio⁴¹⁶. La gran diferencia es que, en principio, este sistema no incide sobre el sujeto pasivo de los impuestos especiales y no altera, en principio, el importe de los mismos.

En espera de su decisión respecto al régimen de reembolso previsto por la anterior *Legge Regionale 12 novembre 1996, n. 47*, ya derogada, la Comisión ha amenazado con ampliar el procedimiento de infracción a este

⁴¹⁴ Casi paralelamente la Región de Friuli-Venecia Julia aprobó un conjunto de reformas a la cuestionada *Legge Regionale 12 novembre 1996, n. 47* a través de la posterior *Legge Regionale 5 dicembre 2008, n. 14. Norme speciali in materia di impianti di distribuzione di carburanti e modifiche alla legge regionale 12 novembre 1996, n. 47 in materia di riduzione del prezzo alla pompa dei carburanti per autotrazione nel territorio regionale*.

⁴¹⁵ *Legge Regionale 11 agosto 2010, n. 14. Norme per il sostegno all'acquisto dei carburanti per autotrazione ai privati cittadini residenti in Regione e di promozione per la mobilità individuale ecologica e il suo sviluppo*. El artículo 3.9 bis declara expresamente que: "Altri benefici di natura regionale correlati ai rifornimenti di carburante sono incompatibili con i contributi erogati ai sensi dell'attuazione del presente articolo". Esta derogación fue confirmada por los apartados 28 a 30 del artículo 30 de la *Legge regionale 29 dicembre 2011, n. 18. Disposizioni per la formazione del bilancio pluriennale ed annuale della Regione (Legge finanziaria 2012)*.

⁴¹⁶ Este importante cambio tiene realmente su origen en la modificación de la originaria *legge 28 dicembre 1995, n. 549* que sirvió de base para las sucesivas leyes regionales. En concreto, este texto facultaba a las regiones para que pudieran establecer reducciones en el precio de los combustibles "nell'ambito della quota dell'accisa a loro riservata". Este inciso ha sido eliminado sin embargo por el artículo 1, coma 190 de la *Legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2008)*; de este modo, la reducción del precio no se entiende ya realizada en detrimento de la recaudación en concepto de impuestos especiales.

nuevo sistema. En contra de este criterio se ha manifestado la propia Corte Costituzionale italiana, que ha dado su beneplácito al nuevo sistema de reducciones previsto por la *Legge Regionale 11 agosto 2010, n. 14*, al hilo de un juicio de legitimidad planteado por el Consejo de ministros italiano.

Concretamente, la Sentenza 185/2011 de 7 de junio, ha evaluado la compatibilidad del artículo 3, en que se configura la ayuda a la adquisición de combustible, tanto con el Derecho comunitario, como con la propia constitución italiana.

La principal cuestión que se dirime es si el reembolso al particular de una parte del precio constituye o no una reducción indirecta de los impuestos especiales que gravan el combustible y, por tanto, una exención o reducción que no se ha comunicado conforme a las exigencias del artículo 19 de la Directiva 2003/96/CE. La Corte, tras aclarar las diferencias entre el anterior sistema y el nuevo⁴¹⁷, observa que el sistema configurado no afecta realmente al devengo (producido en una fase anterior) ni al sujeto pasivo de los impuestos especiales, que no debemos olvidar que es el distribuidor⁴¹⁸. Por tanto, el reembolso de una parte del precio al consumidor final no puede considerarse equivalente a una reducción de los impuestos especiales incompatible con la Directiva 2003/96/CE⁴¹⁹. En toda la región se aplican los mismos impuestos especiales que en el resto del Estado italiano, estos se cobran con anterioridad

⁴¹⁷ En el anterior sistema los beneficiarios del reembolso eran, en último término, las distribuidoras de combustible (que adelantaban su importe a las estaciones de servicio). En el nuevo, en cambio, los beneficiarios son los particulares aunque después, obviamente, se compense a las estaciones de servicio. La diferencia, por tanto, es que el nuevo sistema no reduce la carga del sujeto pasivo del impuesto (los distribuidores mayoristas de combustible), sino que simplemente ofrece una reducción en el precio al consumidor final.

⁴¹⁸ Como hace ver la sentencia: “Il consumatore, quindi, sebbene possa subire – per effetto di una traslazione economica – il peso dell’accisa, ove questa sia inglobata nel prezzo del carburante, non può essere ritenuto soggetto passivo dell’imposta e, dunque, non può ritenersi che l’attribuzione in suo favore di un contributo si risolva in una parziale riduzione del tributo”. Sentenza della Corte Costituzionale 185/2011 de 7 de junio, apartado 5.3.1.

⁴¹⁹ Como afirma la Corte, esta Directiva “non contiene alcuna norma che impedisca una differenziazione su base regionale del “prezzo” dei prodotti energetici, una volta rispettati i limiti minimi di tassazione imposti. E che tali limiti minimi siano rispettati non viene in alcun modo revocato in dubbio, né dal ricorrente, né dal raffronto fra i livelli di tassazione nazionali e comunitari.” Sentenza 185/2011 de 7 de junio, Corte Costituzionale, apartado 5.3.1.

e independientemente de la ayuda concedida para la adquisición de combustible.

9.2.4. Austria y Finlandia: obligaciones en relación al etiquetado del tabaco

Austria y Finlandia son dos países muy expuestos a las compras fronterizas de tabaco desde otros Estados miembros de reciente incorporación. Estos dos Estados están obligados en principio a aplicar los niveles indicativos presentes en la Directiva 2008/118/CE, pero han ideado una argucia (en puridad fue Austria la primera en aplicarla) para impedir la entrada de tabaco desde otros Estados miembros por encima de unos niveles mucho más limitados, equivalentes a los de las franquicias del viajero (200 cigarrillos, 100 cigarrillos, 50 cigarros puros y 250 g de tabaco para fumar).

Concretamente, la limitación consiste en una *language clause*⁴²⁰: únicamente se permite la entrada en el Estado de tabaco etiquetado en alemán, en el caso de Austria, o en sueco o finés, en el caso de Finlandia. Solo si el tabaco está etiquetado en estos idiomas y con las exigencias de etiquetado propias (fotografías, mensajes avisando del carácter nocivo, etc.), el particular que lo transporta podrá beneficiarse de los niveles indicativos previstos en la Directiva. Si no, le serán de aplicación los mismos límites aplicados al tabaco procedente de terceros Estados no pertenecientes a la Unión Europea.

Austria, en principio, pudo seguir aplicando los estrictos límites de la franquicia de viajeros al tabaco procedente de República Checa y Eslovenia hasta el 31 de diciembre de 2007 y al procedente de Hungría hasta el 31 de diciembre de 2008⁴²¹. En 2008, sin embargo, comenzó a aplicar la exigencia de

⁴²⁰ *Personal imports of cigarettes to be relaxed in Europe, but not for the Finns*, Helsingin Sanomat, International Edition, 11 de noviembre de 2009.

⁴²¹ Véase para más detalles el apartado 5.3 de este mismo capítulo. La entrada de estos Estados en el Acuerdo de Schengen el 21 de diciembre de 2007 impedía además realizar controles fronterizos exhaustivos en la frontera.

que las cajetillas contuvieran los mensajes de advertencia para la salud en alemán, controlando especialmente el paso de la frontera con la República Checa⁴²².

En el caso de Finlandia, esta reforma fue aprobada en mayo de 2009 para protegerse frente al fin de las limitaciones a la introducción de tabaco por particulares procedentes de las Repúblicas bálticas (Letonia, Estonia y Lituania), que finalizaba el 31 de diciembre de 2009⁴²³. Las estrictas condiciones de etiquetado⁴²⁴ y el carácter marginal del sueco y el finés, configuran una severa restricción a la libre circulación de mercancías.

En espera de que las instituciones comunitarias se pronuncien de manera explícita al respecto, creemos que la *language clause* puede recibir el beneplácito de la Comisión. Nos basamos en su última Propuesta para modificar la Directiva en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco⁴²⁵, en la que ha concedido una relevancia especial a que se garantice el etiquetado en su idioma al consumidor que adquiere productos a distancia⁴²⁶. Si Extrapolamos la cuestión al ámbito de las compras transfronterizas podemos encontrar similitudes entre ambos supuestos que parecen descartar acciones punitivas de la Comisión contra Finlandia o Austria.

⁴²² *Austria takes tough stance on cigarette imports*, Prague Daily Monitor, 14 de mayo de 2008.

⁴²³ *Cigarette personal import limits upheld but with altered reasoning*, Helsingi Sanomat, International Edition, 20 de mayo de 2009.

⁴²⁴ "Passengers arriving from an EU country have to make sure that each unit packet of tobacco products has, in Finnish and in Swedish, a warning on the health hazards caused by tobacco, as well as the tar, nicotine and carbon monoxide yields and the information to ensure product identification and traceability printed on the packet.", Customs Instructions for Passengers 2011, Tulli Customs, pág. 1.

⁴²⁵ Propuesta de Directiva relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco y los productos relacionados, COM (2012) 788 final, de 19 de diciembre de 2012.

⁴²⁶ "La propuesta permite a los Estados miembros exigir que el minorista nombre a una persona física que garantice el cumplimiento con lo establecido en la Directiva de los productos entregados a los clientes en los Estados miembros afectados (...)

Refuerza el efecto en el mercado interior, previniendo la compra de productos que no se ajustan a las disposiciones de la Directiva, incluidas las advertencias sanitarias en la lengua adecuada, así como la reglamentación sobre los ingredientes". Apartado 3.5 de los fundamentos jurídicos y artículos 16 de la Propuesta de Directiva.

A simple vista parece un instrumento con gran potencial para los Estados miembros si la Comisión acepta esta interpretación tan estricta de la información a los consumidores. Sin embargo, podemos llegar al absurdo de que distribuidores españoles, por ejemplo, etiqueten tabaco en francés para venderlo en zonas fronterizas. La coherencia con las políticas sanitarias de los Estados, eso sí, vuelve a erigirse como un elemento capital para el futuro control del *cross-border shopping*.

9.2.5. Evaluación de las medidas estatales

El Reino Unido y Francia se encuentran unidos por una irónica cadena de cross-border shopping, en la que el Estado británico trata de bloquear las compras realizadas en Francia principalmente y Francia, beneficiada por esta vertiente, trata a su vez de obstaculizar las compras transfronterizas de sus ciudadanos en Luxemburgo o España. En principio, ambos Estados afrontan a su modo altas cifras de *cross-border shopping*, aunque en el Reino Unido a este problema se unen las históricas cifras de contrabando, por encima del 10% del consumo total⁴²⁷.

En todo caso, ambos han planteado un esquema similar de actuación contra el *cross-border shopping*, endureciendo la práctica administrativa de controles y las sanciones a la entrada irregular de tabaco por particulares. La

⁴²⁷ En el caso de Francia, LAKHDAR advierte con los datos en la mano que el problema fundamental se centra en las compras transfronterizas LAKHDAR, C. B., "Quantitative and qualitative estimates of cross-border tobacco shopping and tobacco smuggling in France", *Tobacco Control*, Vol. 17, núm. 1, págs. 12-16. En el Reino Unido las estimaciones de la Administración británica observaban una cierta equiparación de ambos problemas (alrededor del 5% cada uno): CRAWFORD, I.; KEEN, M. y SMITH, S., "Value Added Tax and Excises", en AA.VV., *Dimensions of Tax Design: The Mirrless Review*, Institute for Fiscal Studies, Oxford University Press, Oxford, págs. 346-347. Estudios oficiales posteriores han puesto de manifiesto el optimismo de dichos datos y el crecimiento de ambos problemas, especialmente del contrabando, que en el año 2003 suponía el 18% del consumo de cigarrillos y nada menos que el 51% de picadura fina de tabaco (las compras transfronterizas un nada desdeñable 9 y 18% respectivamente). Véase: Memorandum submitted by the Tobacco Manufacturers' Association, 8 de noviembre de 2004, op. cit. En el año 2011, la Administración británica estima que ha reducido a solo el 11% el consumo ilegal de cigarrillos y al 49% el de picadura fina de tabaco. HM Revenue & Customs, *Tackling Tobacco Smuggling—building on our success. A renewed strategy for HM Revenue & Customs and the UK Border Agency*, Abril 2011, pág. 5.

reacción de la Comisión, sin embargo, nos deja bastante clara su posición respecto a la adopción de medidas unilaterales de este tipo por parte de los Estados. Eso sí, hasta que no conozcamos el pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo en el conflicto con Francia no conoceremos dónde se encuentran los límites. En nuestra opinión, esta medida no es coherente con su política sanitaria, pues únicamente practica estos controles sobre la circulación de tabaco en zonas cercanas a sus fronteras con Estados de menos tributación, mientras que se muestra laxa respecto a la adquisición de grandes volúmenes de tabaco cuando éste puede embarcarse con destino al Reino Unido.

No obstante admitimos esta tensión en los Estados, pues gran parte de la razón de ser de este trabajo es la falta de soluciones comunitarias contra los efectos del *cross-border shopping* y otras manifestaciones de arbitraje fiscal. Hecho que incita que los Estados adopten medidas unilaterales proteccionistas o de retorsión aparentemente en contra de los principios fundamentales del Tratado.

En el caso de Italia, aunque realmente sean las regiones y no el Estado el que adopta las medidas unilaterales, éste ha sido un actor clave al crear las condiciones necesarias para su desarrollo mediante la originaria *Legge 28 dicembre 1995, n. 549*, que sirvió de base para las sucesivas leyes regionales. Resulta trascendental el apoyo de la Corte Costituzionale italiana al movimiento de la región Friuli-Venecia Giulia para esquivar la incompatibilidad comunitaria (por caducidad) de su anterior régimen de reducciones; especialmente si tenemos en cuenta que un régimen similar, de reembolso directo a las estaciones de servicio, es el previsto por los demás territorios que hacen uso de la autonomía concedida por el legislador italiano.

Mientras no se alteren los términos de la Directiva, consideramos que la visión del intérprete constitucional italiano es la correcta. Una reducción del precio no implica necesariamente una alteración del régimen de los impuestos especiales. Eso sí, la aplicación de los descuentos a empresarios individuales y profesionales, admitidos en la región Friuli-Venecia Giulia, debe vigilarse para que no supere la delgada línea roja que podría situarlos bajo el foco de las ayudas de Estado de los artículos 107-108 TFUE.

El escaso impacto económico a nivel global del *cross-border shopping* y, en este caso, del *fuel tourism*, en los Estados de gran tamaño, provoca que sea la corresponsabilidad fiscal de unidades territoriales inferiores (regiones, municipios, provincias...) la que sirva de motor para el establecimiento de medidas que pongan coto a las distorsiones creadas por este fenómeno. La gran dependencia financiera respecto a estos recursos de los entes territoriales inferiores otorga el valor y determinación necesarios para adoptar decisiones arriesgadas en el plano de la compatibilidad comunitaria pero cuyo éxito, desde un punto de vista recaudatorio, parece casi asegurado. La solución adoptada por Italia puede considerarse de poco rigor técnico, sin embargo, es una de las pocas soluciones al problema que ha funcionado en el plano comunitario. Más si cabe, ante la imposibilidad absoluta de implantar en el seno comunitario el sistema ideal de graduación progresiva de impuestos especiales propuesto por RIETVELD y otros ⁴²⁸, en el que los impuestos se graduarían a medida que nos acercásemos a alejásemos de la frontera para minimizar los incentivos al *cross-border shopping*.

Por último, las restricciones impuestas en Austria y Finlandia a la entrada de tabaco desde otros Estados miembros mediante la *language clause* van muy en la línea de la propuesta que realizaremos a continuación para controlar la venta y el tráfico de productos sujetos a impuestos especiales. Si de verdad estos dos Estados adoptan políticas proporcionales y coherentes de protección de la salud, siendo el etiquetado un componente esencial de las mismas, creemos que las restricciones pueden entenderse conformes al Derecho comunitario. La última Propuesta de Directiva de la Comisión en materia de etiquetado y ventas a distancia de tabaco parece que acepta también esta senda.

Una de las principales enseñanzas que hemos obtenido del estudio de estas cuestiones es que las políticas y medidas siempre se adoptan antes y con más vehemencia cuando existen pocos agentes muy perjudicados y

⁴²⁸ RIETVELD, P., BRUINSMA, F. R., y VAN VUUREN, D. J., "Spatial graduation of fuel taxes; consequences for cross-border and domestic fuelling", *op. cit.*, págs. 455-456.

concentrados, que cuando existe un perjuicio mucho más generalizado pero de menor entidad. Este hecho se hace patente en la capacidad de movilización y presión de los comerciantes fronterizos, que han conseguido en ocasiones disparar los mecanismos de protección estatales a pesar de su escasa relevancia económica global.

9.3. Otras propuestas

Siempre con el objetivo de equilibrar la competencia en el seno de la Unión, en este apartado vamos formular dos propuestas que pueden ser utilizadas para combatir los efectos perniciosos de las compras transfronterizas. Obviamente, por motivos de espacio apenas podremos esbozar estas ideas; no obstante, pensamos que pueden ser un fructífero campo de estudio para orientar la futura acción, tanto de los Estados miembros como de las instituciones comunitarias.

9.3.1. El modelo de la IFTA entre EEUU y Canadá: distribución territorial de los impuestos especiales sobre los hidrocarburos

El IFTA, *International Fuel Tax Agreement*, es un acuerdo de 1991 por el cual 48 Estados de Estados Unidos y 10 provincias de Canadá delegaron en la IFTA, Inc. (International Fuel Tax Association) la gestión de sus sistemas de imposición sobre el tránsito interestatal de vehículos, principalmente los destinados al transporte. El IFTA ha establecido como novedad un sistema de distribución de la tributación sobre los combustibles entre todos sus participantes, en función de la distancia recorrida por cada transportista en su territorio.

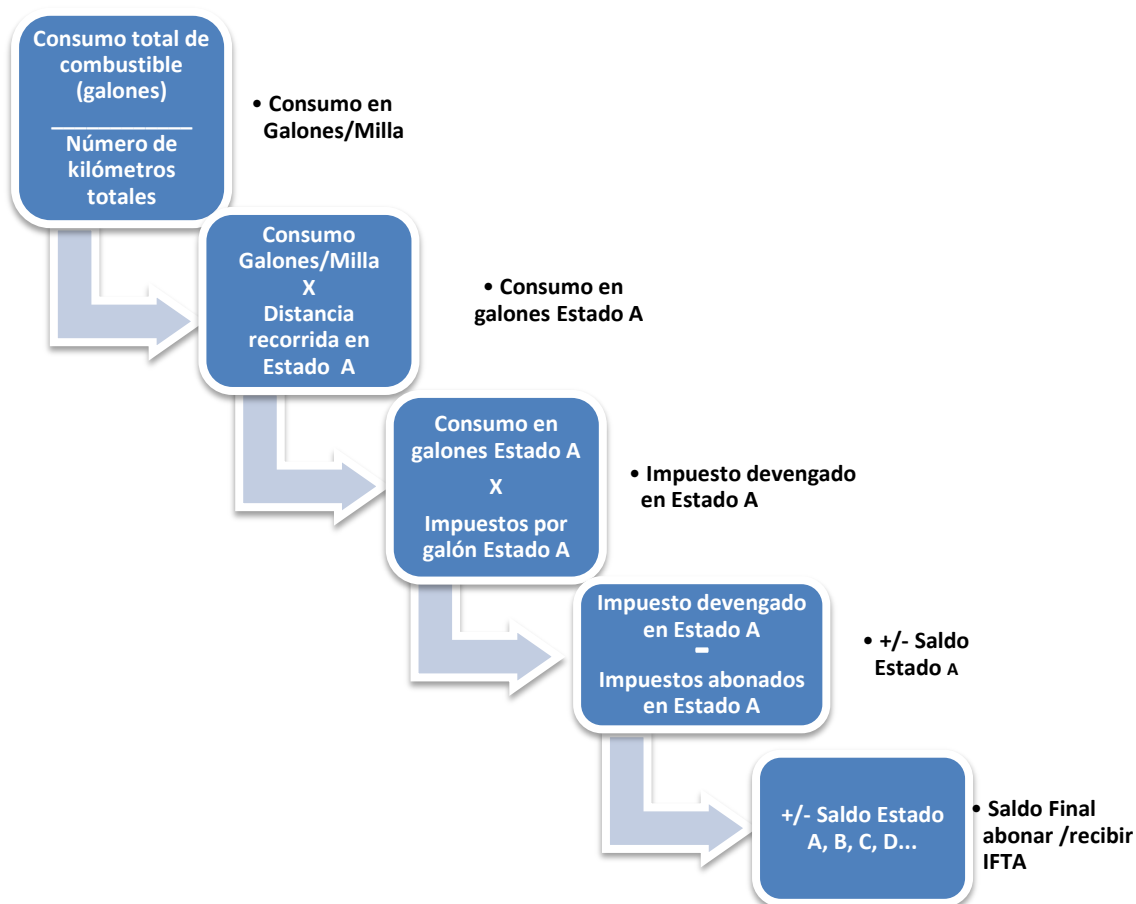
Los transportistas que vayan a realizar recorridos interestatales deben registrarse en la región en que se encuentre su sede de operaciones, contar con un GPS adaptado y llevar un registro actualizado en todo momento de sus repostajes. Con carácter trimestral, el transportista deberá realizar una declaración en la que hará constar los kilómetros recorridos en cada Estado y el importe total del consumo de combustible, aportando las correspondientes facturas.

Con los datos aportados cada transportista obtendrá el dato de su consumo en galones por milla⁴²⁹ y deberá multiplicarlo por los valores del impuesto sobre el combustible vigente en cada Estado, conforme a las tablas oficiales publicadas por la IFTA inc.⁴³⁰. De este modo, se calcula el impuesto debido en cada Estado. De los importes debidos en cada Estado se detraen los impuestos efectivamente pagados en los correspondientes repostajes, de modo que existirán Estados en los que el transportista deba pagar más impuestos y otros en los que tenga derecho a una devolución. Los saldos deudor y acreedor en cada Estado se compensan entre sí en la declaración trimestral del transportista. Finalmente, por tanto, existe un único saldo, positivo o negativo; que representa el importe que el transportista tendrá derecho a recibir o deberá abonar a la IFTA Inc. Con carácter interno, la IFTA enviará o exigirá a cada Estado participante en el sistema el balance correspondiente de su territorio. El siguiente gráfico explica el esquema de funcionamiento del acuerdo:

⁴²⁹ Un galón equivale a 3,785 litros, una milla a 1.609 metros.

⁴³⁰ Los valores actualizados por trimestre y por Estado se pueden consultar en la página de la IFTA Inc.: http://www.iftach.org/taxmatrix3/choose_tableq2.php.

Gráfico 13 – IFTA. Esquema de cálculo del saldo final para el transportista



Fuente: Elaboración propia a partir del esquema IFTA

Las ventajas del sistema creado por el IFTA son evidentes. En primer lugar, simplifica las gestiones para el transportista y para las administraciones fiscales, ya que cada transportista únicamente tendrá que registrarse ante una Administración. Además, centraliza en la IFTA Inc. el sistema de compensación, de modo que con una sola declaración por transportista, todos los Estados integrantes del acuerdo reciben su cuota correspondiente.

Aún así, creemos que existe una ventaja aún mayor en la implantación del IFTA: no existe *fuel tourism* a nivel del transporte profesional en Norteamérica. Eso sí, las grandes diferencias entre Estados en lo que respecta a la tributación de los combustibles siguen fomentando que los particulares

realicen esta práctica, quebradero de cabeza para las autoridades de algunos Estados norteamericanos y canadienses⁴³¹.

El objetivo fundamental de haber expuesto este sistema es hacernos la obligada pregunta de si un régimen similar puede ser implantado en la Unión Europea. Las graves distorsiones a la competencia causadas por el *fuel tourism* de los transportistas profesionales apenas ha recibido como respuesta un par de propuestas para avanzar en la armonización de los tipos, especialmente mediante el incremento de los tipos mínimos sobre el gasóleo⁴³². Como ha certificado NILSSON, los Estados se enzarzaron en los años 90 en una verdadera dinámica de competencia fiscal alentada por la movilidad de esta particular forma de consumo. Una batalla que, podemos asegurar, Luxemburgo ha ganado por K.O.

Las soluciones implantadas por Italia, a nuestro juicio compatibles con el Derecho comunitario, están dirigidas principalmente a los particulares. La causa de esta vocación limitada la encontramos tanto en el temor a la activación de los procedimientos contra las ayudas de Estado⁴³³, como en el mayor rédito político de una ayuda directa a los votantes.

La ausencia de instrumentos comunitarios y nacionales para combatir las distorsiones causados por el *fuel tourism* nos dibujan un escenario idílico para el establecimiento de un sistema similar al pactado en el IFTA. Si existiese voluntad política, no nos cabe duda que las instituciones comunitarias podrían desde un punto de vista técnico y administrativo implantar el sistema y

⁴³¹ Entre los estudios sobre este *fuel tourism* realizado por los particulares destacamos dos: MANUSZAK, M. D. y MOUL, C. C., "How Far For a Buck? Tax Differences and the Location of Retail Gasoline Activity in Southeast Chicagoland", *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 91, núm. 4, 2009, págs. 744-765 y DOYLE JR., J. J. y SAMPHANTHARANK, K., "\$2.00 Gas! Studying the effects of a gas tax moratorium", *Journal of Public Economics*, Vol. 92, 2008, págs. 869-884.

⁴³² Propuestas recogidas tanto en la COM (2007) 52 final, como en la posterior COM (2011) 169 final.

⁴³³ De hecho, el anterior régimen previsto en la Región Friuli-Venecia Julia a través de la *Legge Regionale 12 novembre 1996, n. 47*, ha sido transformado por medio de la nueva *Legge Regionale 11 agosto 2010, n. 14*, con el objetivo principal de eludir la acusación comunitaria de que el sistema establecía una ayuda de Estado en favor de los distribuidores mayoristas de combustible. El nuevo sistema otorga los beneficios directamente a los particulares, empresarios individuales o profesionales residentes en los municipios correspondientes.

centralizar la recogida de declaraciones, cobros y reembolsos, que realiza actualmente la IFTA Inc. Sin embargo, un obstáculo aparece en el horizonte: la exigencia de unanimidad. Será imposible que el caballo más aventajado decida darse la vuelta y cabalgar en contra de sus propios intereses. Sí, hablamos Luxemburgo.

9.3.2. El control de la venta de tabaco y alcohol mediante documentos comunes

El tabaco y las bebidas alcohólicas son dos productos cuya venta a los particulares se encuentra sometida a diferentes controles en los Estados miembros con el objetivo primordial de proteger a los menores. Con este motivo, se puede exigir a las personas que adquieran tabaco o bebidas alcohólicas que exhiban algún documento que acredite su mayoría de edad. Esta obligación, vinculada a las consecuencias nocivas derivadas del consumo de estos productos, puede ser una oportunidad para implantar un sistema de control en los establecimientos de venta al público.

Nuestra propuesta a medio plazo va en consonancia con los esfuerzos de la Comisión para que se generalice el empleo de documentos de identificación electrónicos en el seno de la Unión Europea⁴³⁴. Las competencias

⁴³⁴ En concreto, la Comisión propuso el 4 de junio de 2012 el Proyecto de Reglamento *Regulation of the European Parliament and of the Council on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market*, COM (2012) 238/2. Este proyecto respeta totalmente las competencias nacionales en materia de sistemas de identificación, aunque aboga porque los Estados implanten y reconozcan de forma recíproca los sistemas de identificación electrónicos de otros Estados miembros. De hecho, como advierte la Comisión, la propuesta de Reglamento no obligará a los Estados miembros de la UE a introducir documentos nacionales de identidad, tarjetas de identidad electrónicas u otras soluciones de identificación electrónica; ni tampoco introducirá una identificación electrónica europea ni ninguna clase de base de datos europea. El éxito del proyecto STORK, de reconocimiento recíproco de la identificación electrónica supone un acicate para avanzar en esta dirección. Véase: Press Releases: *Agenda Digital: nuevo Reglamento para hacer posible la firma electrónica transfronteriza y sacar más ventaja de la identificación electrónica en el mercado único digital*, IP/12/558, 4 de junio de 2012. Esta medida queda reforzada por la apuesta firme de las instituciones europeas por un Portal “NIF en Europa”, tal y como queda recogido en el más reciente *Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal*, COM(2012) 722/2, apartado 10, págs. 8 y 9.

exclusivas de los Estados miembros en este campo, obligan a que los avances se realicen en el ámbito de la cooperación reforzada. Un contenido y unas posibilidades técnicas comunes para estos documentos, permitiría multiplicar la eficacia y alcance de las políticas comunitarias.

Un aspecto interesante sería, por ejemplo, integrar la información médica básica del ciudadano en su documento electrónico. De este modo, al igual que se prohíbe la entrada en casinos a los ludópatas, se podría prohibir la venta de alcohol o tabaco a ciudadanos con enfermedades derivadas del consumo de estos productos, reivindicando así el objetivo comunitario de protección de la salud, tantas veces cuestionado. Si los Estados reconocen recíprocamente la información contenida en los documentos y estos se exigen cuando se adquiriera alcohol o tabaco en un establecimiento, se puede lograr un efecto expansivo sobre la protección de la salud.

Obviamente nos enfrentamos a importantes problemas logísticos y de coste para implantar este sistema. Resulta cuestionable que un bar solicite el documento y compruebe su información con cada consumición. En un establecimiento de venta al por menor, sin embargo, no consideramos que esta opción sea descabellada, tanto para el tabaco como para el alcohol. Es verdad que siempre existe la posibilidad de que otra persona adquiriera el tabaco o el alcohol para los menores o para las personas a las que tratamos de proteger, pero este sistema es una medida disuasoria que, unida a otros programas, puede contribuir a reducir el consumo nocivo de estos productos.

El empleo de este sistema permitiría también disponer de estadísticas más concretas sobre las compras transfronterizas realizadas en otros Estados miembros y, en su caso, controlar volúmenes de compras que estén ostensiblemente por encima de un consumo propio racional. Aunque resulta una utopía aplicar cualquier sistema similar al instituido por la IFTA para los combustibles, conocer los hábitos de compra de los ciudadanos en otros Estados en relación a estos productos puede contribuir a diseñar políticas para mitigar o compensar los efectos del *cross-border shopping*.

Incluso, se puede plantear el establecimiento de cupos de compra para los ciudadanos que adquieren los bienes en otros Estados miembros. Ante la imposibilidad de realizar controles en la frontera, tal vez el establecimiento de documentos electrónicos reconocidos a nivel europeo cree las condiciones para establecer controles en el Estado de origen. Otro argumento sería evitar el consumo excesivo, por lo que se podrían restringir las adquisiciones realizadas por particulares en un determinado plazo.

En este ámbito, por las características nocivas del consumo de alcohol y tabaco y su posible consumo diferido en el tiempo, resulta ciertamente cuestionable el establecimiento de un sistema similar a las tarjetas de descuento de carburante existentes en Italia. Por un lado, podría considerarse hipócrita que un Estado subvencionara el consumo de estos productos; por el otro, las posibilidades de arbitraje con los descuentos aplicados a los productos podrían provocar un gran fraude. Resulta, por tanto, muy complicado diseñar medidas que permitan a la vez ser coherentes con las políticas comunitarias, con la soberanía de los Estados y con las libertades comunitarias, en especial con el principio de libre circulación de mercancías y personas.

No obstante, no queremos dejar de apuntar nuestra firme creencia en que el sistema de impuestos especiales necesita una revisión para hacerlo coherente con las políticas de protección de la salud, desarrolladas unilateralmente por cada Estado.

Para dotar de verdadera coherencia al sistema, los ingresos procedentes de estas actividades deberían estar, al menos en parte, afectos a la financiación de los gastos sanitarios o sociales derivados de su consumo. Solo de este modo los Estados podrían justificar con cierta legitimidad medidas limitadoras de las libertades personales y, por consiguiente, de los compradores, tanto nacionales como comunitarios.

Si se admite una disparidad de políticas, que provoca una importante disparidad de tipos, se debe admitir que los Estados adopten medidas coherentes para proteger un conjunto de intereses que pueden considerarse por encima del mercado.

De hecho, si la salud pública es una de las pocas razones que permiten justificar una discriminación por razón de nacionalidad en el ejercicio de las libertades fundamentales no es desdeñable que se pueda emplear como argumento. Si tenemos presente que se ha corroborado que la posibilidad de que los ciudadanos accedan a tabaco más barato impide la efectividad de un conjunto de instrumentos políticos, sociales y económicos⁴³⁵, es razonable admitir que un Estado, que desarrolla coherente y equilibradamente estos instrumentos en pos de un objetivo, pueda establecer restricciones a la adquisición y al consumo de bienes objeto de impuestos especiales. Si varios Estados concuerdan establecer límites comunes y mitigar los efectos de las compras transfronterizas, tanto en sus arcas como en sus políticas públicas, habremos dado un paso adelante en la construcción de una verdadera Europa de los ciudadanos.

10. CONCLUSIONES

1. En la UE apenas existe espacio para la competencia fiscal en la imposición indirecta, principalmente por el riesgo que supondría para la recaudación una competencia entre sistemas.

La primera gran conclusión que debemos extraer del profundo estudio elaborado en este capítulo es el escaso espacio para la competencia fiscal entre jurisdicciones que existe en el ámbito de la fiscalidad indirecta en la UE. Es decir, las jurisdicciones no inician dinámicas de competencia con otras jurisdicciones para atraer o retener las bases imponibles del consumo. ¿El motivo?

La armonización de la imposición indirecta no deja espacios para la creación de regímenes especiales de tributación. Por lo tanto, los Estados

⁴³⁵ HANEWINKEL, R. e ISENSEE, B., "Access to cheaper cross-border cigarettes may decrease smoking cessation intentions in Germany", *Tobacco Control*, Vol. 16, núm. 1, 2007, págs. 70-71.

únicamente pueden realizar una competencia de sistemas, a través de los tipos. Sin embargo, cualquier medida de reducción de tipos que adoptase un Estado para atraer consumidores de otros Estados miembros tendría un efecto directo sobre sus bases nacionales, lo que pondría en peligro su recaudación. La imposibilidad de aislar la economía nacional provoca que sólo los Estados reducido tamaño como Luxemburgo (con poco consumo interno y mucho potencial de consumo fronterizo) puedan beneficiarse en términos recaudatorios de una política de fiscalidad indirecta baja.

2. Sí existe, en cambio, un intenso arbitraje fiscal.

Que no exista competencia fiscal entre los Estados no implica que los ciudadanos no realicen arbitraje fiscal. De hecho, aunque las posibilidades de arbitraje fiscal por ciudadanos y empresas sean *conditio sine qua non* para la presencia de dinámicas de competencia fiscal entre los Estados, ello no significa que el arbitraje fiscal no pueda aparecer también aisladamente. Este es el caso de la fiscalidad indirecta, en la que el arbitraje fiscal puede encontrar las condiciones óptimas para su desarrollo: diferencias ostensibles de tipos, aplicación de la tributación en origen, fácil movilidad de las bases, ausencia de complejidad normativa etc.

3. Los impuestos especiales sobre el gasóleo: un supuesto excepcional de competencia fiscal en la imposición indirecta instigado por el *fuel tourism*.

A lo largo del capítulo sólo hemos identificado una verdadera situación de competencia fiscal, provocada por la concurrencia de circunstancias excepcionales en el mercado de hidrocarburos. En concreto, la situación nace en los primeros años de implantación del gasóleo en los Estados miembros, en el que este combustible era empleado casi exclusivamente por transportistas profesionales. Estos transportistas, obviamente, se podían beneficiar de las diferencias de tipos del gasóleo entre los Estados miembros, hecho que permitió a Luxemburgo, con menores impuestos especiales, atraer

transportistas de toda Europa. Sin embargo, en este caso los destinatarios de una reducción de tipos eran muy concretos, transportistas con gran movilidad internacional. Por este motivo, los efectos de una reducción de tipos sí podían aislarse del resto de la economía. De este modo, los demás Estados han mantenido hasta la reciente expansión de los motores diésel para uso privado unos tipos sobre el gasóleo mucho más bajos, tratando de retener los repostajes de los transportistas internacionales.

El crecimiento de la base de consumidores de gasóleo ha obligado a los Estados a dejar de lado esta competencia fiscal. Por ello, ahora se hace más necesario que nunca una subida de los tipos mínimos para impedir la intensificación del *fuel tourism*. Este incremento de tipos sobre el gasóleo parece que está además en consonancia con los objetivos medioambientales comunitarios. De todos modos, la implantación en la Unión Europea de un sistema como el del IFTA, vigente en Estados Unidos y Canadá, es técnica y jurídicamente posible. El principal escollo es político: Luxemburgo se aferrará al criterio de la unanimidad para bloquear cualquier propuesta.

4. La tributación en origen de las prestaciones de servicio por vía electrónica en el IVA ha provocado también importantes distorsiones al mercado interior. Por suerte, es un régimen con fecha de caducidad.

Un caso especial ha sido el del IVA en las prestaciones de servicio por vía electrónica. La tributación en origen de estas operaciones ha permitido a Luxemburgo (con un tipo de IVA del 15%) atraer la localización de las principales empresas del sector y canalizar la mayoría de las operaciones en el seno de la UE. En este supuesto, sin embargo, no ha existido arbitraje fiscal por los ciudadanos.

Realmente los consumidores no han optado por beneficiarse de estos servicios con un tipo de IVA menor. En cambio, han sido las empresas las que, en su voluntad por ofrecer un menor precio final a los consumidores, se han localizado en Luxemburgo. De este modo, las empresas se han adelantado a un posible arbitraje fiscal por parte de los ciudadanos al ofrecer sus servicios

con el menor IVA de la UE, lo que les permite, a igual precio de venta al público, mayores márgenes. El resultado final era que los ciudadanos no ejercían en la práctica arbitraje fiscal porque la mayoría de las operaciones ya se localizaban en Luxemburgo. En principio, la tributación en origen de estas prestaciones está abocada a su desaparición, conforme a lo establecido en la Directiva 2008/8/CE aunque el bloqueo en la negociación obligó a ofrecer un flexible sistema de plazos hasta la implantación definitiva de la tributación en destino.

Este episodio nos enseña tres importantes lecciones: la tecnología siempre va por delante del derecho, las transacciones electrónicas tienen una movilidad extrema y, por último, la unanimidad tiene un precio.

5. La intensidad del *cross-border shopping* de tabaco y bebidas alcohólicas en la UE está estrechamente vinculada a la inexistencia de tipos máximos.

Centrándonos en la práctica de *cross-border shopping* por los particulares, y circunscribiéndonos al ámbito de los impuestos especiales sobre el tabaco y las bebidas alcohólicas, hemos identificado que este fenómeno viene provocado en mayor medida por los elevados tipos de algunos Estados que por los bajos tipos mínimos fijados en las respectivas Directivas. Es decir, aunque se actualizaran los tipos mínimos sobre las bebidas alcohólicas o se mantuviese el incremento sostenido en el tiempo de la tributación mínima sobre las labores del tabaco, los principales focos de *cross-border shopping* apenas se verían afectados, ya que tienen como actores a Estados con impuestos especiales marcadamente por encima de estos mínimos. De hecho, el *cross-border shopping* no tiene como objetivo preferente a los Estados recientemente incorporados a la Unión, nada más lejos de la realidad; los ciudadanos de los Estados con impuestos especiales más elevados (Irlanda, Reino Unido, Suecia, Finlandia o Dinamarca) realizan sus compras transfronterizas en Estados limítrofes, generalmente pertenecientes a la UE-15.

En el caso de las bebidas alcohólicas, se da incluso la paradoja de que la tributación en Estados como Alemania, España o Italia es más reducida que en los nuevos Estados del Este. La razón la encontramos en la producción vinícola y cervecera de estos Estados, que intentan protegerlas con impuestos bajos al consumo.

El tabaco, por su parte, gracias a su fácil transporte, el alto ratio precio / kilo y las grandes diferencias de tipos entre los Estados miembros, genera un alto índice de compras transfronterizas. La gran dependencia económica de los expendedores de tabaco nacionales de la venta de este producto ha llevado a los comerciantes fronterizos a presionar en muchas ocasiones a los Estados para que adoptasen medidas que restringieran la entrada de tabaco más barato desde otros Estados miembros. De hecho, este es el campo en que hemos constatado más medidas estatales y comunitarias contra el *shopping with the feet*.

6. Las medidas para combatir el *cross-border shopping* a nivel de la UE únicamente se han adoptado con carácter temporal por el desfase causado en los diferentes procesos de incorporación de nuevos Estados miembros, principalmente en el campo de las labores del tabaco. La creciente impaciencia de algunos Estados por los efectos del *cross-border shopping* los ha llevado a adoptar medidas unilaterales de dudoso encaje comunitario.

En varias Directivas de armonización de tipos sobre las labores del tabaco, cuando existían desfases en la armonización, se han tratado de proteger los intereses recaudatorios de algunos Estados limitando las posibilidades de compras transfronterizas desde los Estados en proceso de adaptación. Sin embargo, estas medidas apenas protegen ya al Reino Unido y a Francia, cuyos problemas de *cross-border shopping* provienen de Estados que ya han asumido los tipos mínimos comunitarios. Por este motivo, para limitar las posibilidades de *cross-border shopping* por sus ciudadanos, acabaron adoptando medidas unilaterales aparentemente desproporcionadas y

faltas de coherencia. El sentido del fallo del TJUE respecto al régimen francés, único de los dos que perdura, será una importante referencia para evaluar la libertad de maniobra de los Estados y marcar la senda de futuras medidas.

En este sentido la *language clause* implantada en Austria y Finlandia, que limita la introducción de tabaco no etiquetado conforme a sus respectivas legislaciones, puede gozar del beneplácito de las instituciones comunitarias. En el marco de una política sanitaria coherente, puede ser un instrumento útil para limitar el consumo de tabaco que ha abonado impuestos especiales en otra jurisdicción.

7. El concepto de uso propio es una pieza clave para entender la existencia del *cross-border shopping*. La interpretación realizada hasta ahora por las instituciones comunitarias es confusa y proponemos, aparte de su reducción, que los niveles indicativos previstos en la Directiva se consideren un umbral de inversión de la carga de la prueba

La interpretación del artículo 32 de la Directiva 2008/118/CE ha merecido nuestra atención. La delimitación del concepto de uso propio, requisito para la aplicación de la tributación en origen, resulta fundamental para calibrar las posibilidades de arbitraje fiscal de los ciudadanos. La práctica de las Administraciones estatales, la seguridad jurídica y el criterio de igualdad recomiendan, en nuestra opinión, que los niveles indicativos previstos en la Directiva sean un umbral de inversión de la carga de la prueba. Los consideramos suficientemente holgados (incluso excesivos) como para proteger la libertad de circulación. De superarse, debería corresponder al particular demostrar la ausencia de fines comerciales.

La autorización por parte de la Directiva a que los Estados reduzcan bajo determinadas condiciones los niveles indicativos refuerza nuestra postura y nos sugiere la presencia de un criterio encubierto de afectación al mercado, una *finalidad comercial indirecta*.

Además, cuando se admite la reducción selectiva de los niveles indicativos del uso propio en función del Estado de procedencia de los productos, se impide un ejercicio en igualdad de la libertad de circulación, al condicionar este derecho a la tributación del Estado miembro del que provengan. ¿Qué se protege con esta medida?, ¿el funcionamiento del mercado interno?, ¿la coherencia de las políticas sanitarias? La recaudación, simple y llanamente, la recaudación.

8. Una política sanitaria coherente puede justificar un mayor control de las ventas de alcohol y tabaco, limitando así las posibilidades de *cross-border shopping* e impulsando una tributación más acorde al principio de territorialidad.

Nuestra propuesta para limitar los efectos que el arbitraje fiscal de los ciudadanos provoca sobre la recaudación y sobre la efectividad de las políticas sanitarias de los Estados miembros es limitar la adquisición de tabaco y alcohol en origen, controlándola mediante documentos comunes. En todo caso, abogamos por una racionalización de las pautas de compra, en la que la adquisición de grandes volúmenes de producto se considere, *per se*, realizada con finalidad comercial indirecta y, por tanto, excluida del ámbito del artículo 32 de la Directiva 2008/118/CE.

No obstante, reconocemos que la ausencia de fronteras físicas dificulta el control de las adquisiciones realizadas por los particulares (e incluso por empresarios a pequeña escala) en otro Estado miembro. Por ello por el control en el propio Estado de origen. Dentro del marco de una política sanitaria coherente y proporcional consideramos posible controlar las compras realizadas por particulares por encima de unos determinados umbrales. El principal problema, obviamente, es que los beneficiados por las compras serán los que deberían aplicar estas medidas.

9. *Cross-border shopping*, ¿por qué?

El principal objetivo de este capítulo era poner algo de luz sobre un campo en el que la doctrina apenas se había detenido hasta ahora. Después de este estudio, apoyado en la exposición realizada en el capítulo anterior, hemos comprobado que, aunque las posibilidades de competencia fiscal entre jurisdicciones son muy limitadas, el arbitraje fiscal puede tener unos efectos igualmente perniciosos sobre los Estados miembros. Constatadas las causas y problemas del *cross-border shopping*, especialmente en el ámbito de los impuestos especiales, hemos tratado de poner orden en las soluciones esbozadas por algunos Estados y formular algunas propuestas para que sirvan de campo de reflexión en un futuro próximo.

De hecho, la falta de literatura especializada en este campo nos ha empujado a emplear con frecuencia recursos bibliográficos no jurídicos. Lejos de constituir una desventaja, creemos que este hecho dota al capítulo de una transversalidad que de otro modo no habiéramos alcanzado. Los estudios en materia de salud, los análisis estadísticos e incluso las noticias de prensa, nos han permitido abordar todas las realidades de un problema al que los juristas no hemos prestado suficiente atención hasta ahora.

10. Nuestro compromiso para el futuro: promover la vinculación de los ingresos tributarios por impuestos especiales al territorio donde se consumen y su afectación a los problemas que éste genera.

En el fondo, no hace más Europa que los particulares se aprovechen de las distorsiones y disparidades fiscales creadas por la falta de armonización en algunas materias, en este caso, por la divergencia de tipos en los impuestos especiales. No hace más Europa, tampoco, que existan zonas fronterizas cuyo comercio se encuentra distorsionado (pervertido, alterado) por la pervivencia de compras transfronterizas motivadas únicamente por las diferencias fiscales.

Sí construye Europa, en cambio, promover las condiciones para que los ciudadanos adquieran los bienes y servicios allí donde exista una mejor

relación calidad-precio. Sí construye Europa, en definitiva, eliminar las barreras físicas, sociales o jurídicas que pueden impedirlo.

Nuestra aspiración como juristas debe ser que la adopción de decisiones no esté condicionada por los factores fiscales o, al menos, que el factor fiscal lleve aparejado una serie de valores, servicios, vínculos, etc., que impidan su aislamiento y funcionamiento como una simple herramienta de arbitraje fiscal. Por ello, estamos dispuestos a defender aquellas medidas unilaterales que se desvíen del marco de tributación de los impuestos especiales e impongan obstáculos a las libertades comunitarias siempre y cuando sean coherentes con objetivos legítimos de política sanitaria o medioambiental. Especialmente cuando refuercen la afectación de estos impuestos al territorio y a los problemas que genera su consumo. Basta ya de hipocresías.

Capítulo cuarto

Los nichos de competencia fiscal en la fiscalidad de las personas físicas

“The hardest thing in the world to understand is income taxes”

Albert Einstein

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS DEL CAPÍTULO.- 2. LA MOVILIDAD DE LOS FACTORES.- 2.1 La movilidad del factor trabajo: un mercado dual.- 2.2 La movilidad del capital. Intereses y dividendos.- 3. EL ESQUEMA DE TRIBUTACIÓN.- 3.1 El criterio de renta mundial como punto de partida.- 3.2 El traslado efectivo de residencia. Límites.- 3.3 El problema de la doble imposición.- 3.3.1 Los métodos para eliminar la doble imposición y la falta de un instrumento común en la UE.- 3.3.2 Las características específicas de las rentas del capital.- 4. LAS DIFERENCIAS DE TRIBUTACIÓN Y LOS RÉGIMENES ESPECIALES EN LA FISCALIDAD DIRECTA Y PERSONAL.- 4.1 *Flat tax* y *dual income tax*. La equiparación de la tributación sobre las rentas del capital.- 4.2 La tributación efectiva sobre las rentas del trabajo.- 4.3 Los regímenes de impatriados (expatriados) en la UE.- 4.4 Otras diferencias significativas: el impuesto sobre el patrimonio y el impuesto sobre sucesiones y donaciones.- 4.4.1 Los impuestos sobre el patrimonio.- 4.4.2 Los impuestos sobre sucesiones y donaciones.- 5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS DEL CAPÍTULO

La fiscalidad directa y más concretamente la tributación de las sociedades ha acaparado la mayoría de los estudios en el ámbito de la competencia fiscal. La preocupación por los efectos de esta competencia fiscal en las economías nacionales de los Estados más desarrollados motivó las dos grandes iniciativas que desde hace 15 años marcan el estudio de la competencia fiscal, el *Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas* (1997) en la UE y el Informe *Harmful Tax Competition – An emerging global issue* (1998) en el seno de la OCDE. Ambos trabajos se concentran casi de manera exclusiva en la fiscalidad de las empresas, factor que ha condicionado en gran medida el estudio de otras formas de competencia fiscal durante este periodo.

Obviamente, en este trabajo no podemos obviar la importancia de estas iniciativas y su contribución al desarrollo doctrinal de este campo. El primer capítulo, en que abordamos algunas cuestiones previas al estudio de la competencia fiscal, es buena prueba de ello. Sin embargo, en esta investigación hemos querido apostar por una visión más amplia de la competencia fiscal, en la que incluir no solo a los Estados, sino también los agentes que se benefician del arbitraje fiscal entre jurisdicciones. Con este objetivo planteamos en el capítulo segundo un esquema general para examinar las condiciones en que se desarrollan los procesos de competencia fiscal, poniendo especial atención a las situaciones que generan posibilidades de arbitraje fiscal. En el capítulo tercero hemos llevado este esquema hasta sus últimas consecuencias en nuestro análisis de los nichos de competencia fiscal en la fiscalidad indirecta. En este capítulo cuarto emplearemos el mismo método para evaluar la fiscalidad directa de las personas físicas, un campo que había recibido poca atención doctrinal e institucional hasta la fecha,

quedándose fuera, por ejemplo, del ámbito de actuación del Código de Conducta¹.

En el año 2010, sin embargo, el ex-comisario Mario Monti (impulsor en su día del propio Código) expresó, en su informe a la Comisión “*A new strategy for the single market. At the service of Europe’s economy and society*”², la necesidad de ampliar los trabajos del mismo a aquellos aspectos de la tributación personal que pudieran estar interconectados con la competencia fiscal dañosa en el ámbito empresarial³.

La Comisión tomó buena nota de esta declaración en su nueva estrategia de lucha contra el fraude y la evasión fiscal plasmada en sus Comunicaciones de 26 de junio de 2012, *sobre formas concretas de reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal, también en relación con terceros países*, COM (2012) 351 final y en la posterior de 6 de diciembre de 2012, *Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión*, COM (2012) 722/2, ha expresado su intención de controlar “los regímenes fiscales especiales aplicables a los expatriados y a las personas ricas, que son perjudiciales para el buen funcionamiento del mercado interior y reducen la recaudación fiscal global”⁴. Este nuevo énfasis en la fiscalidad de las personas físicas confiere a este apartado un impulso y una actualidad que nos invita a

¹ Hay que destacar, eso sí, que en la primera propuesta para la adopción del Código de Conducta sí se incluían “los regímenes fiscales especiales aplicables a los trabajadores y que tengan el mismo efecto (que las medidas en materia de fiscalidad de las empresas) sobre la radicación de la actividad empresarial”. Véase: Comunicación *Hacia la coordinación fiscal en la Unión Europea. Paquete de medidas para hacer frente a la competencia fiscal perniciosa*, COM (1997) 495 final, de 1 de octubre de 1997, letra C.

² “The code group could also extend its coverage to some limited issues of personal income taxation that are relevant in the context of harmful business tax competition and could look more closely at agreed definitions of tax abuse”. Véase: MONTI, M., “A new strategy for the single market. At the service of Europe’s economy and society”, *Report to the President of the European Commission José Manuel Barroso*, 9 de mayo de 2010, pág. 82.

³ Un claro ejemplo de esta conexión lo pone en evidencia el estudio: ENDRES y otros, “The Tax Burden on International Assignments”, *Intertax*, Vol. 33, núm. 11, 2005, págs. 490-502. En él se advierte que los regímenes especiales para atraer trabajadores expatriados suponen una ayuda indirecta a las empresas que los contratan: “Given the usual practice of net-of-tax remuneration agreements of expatriates, their taxes are ultimately just as much a charge on the employer as those directly assessed on the business”. Por tanto, la necesidad de coordinación y armonización de la fiscalidad societaria deberá ir de la mano de avances en materia de fiscalidad de las personas físicas. De hecho, el estudio concluye con una frase premonitrice: “it will only be a question of time when personal income taxes will be on the agenda in Europe”.

⁴ COM (2012) 722/2, apartado 10, pág. 8.

ser optimistas respecto a la corrección de las distorsiones que señalaremos a lo largo del mismo.

Hasta el momento han sido pocos los trabajos que han puesto el acento en las posibilidades de competencia fiscal en el campo de la fiscalidad de las personas físicas⁵. En este breve estudio vamos a tratar de examinar esta materia siguiendo el esquema expuesto en el capítulo segundo (movilidad, sistemas de tributación y diferencias impositivas), tratando de evitar duplicidades respecto a algunas de las cuestiones allí examinadas. Más concretamente, limitaremos el análisis a las rentas del trabajo y a las rentas del capital, bien en forma de intereses, bien en forma de dividendos. Las diferencias de tributación en estos ámbitos en el seno de la UE son significativas, resultado lógico de la irregular armonización comunitaria de la

⁵ A lo largo de este capítulo serán de especial utilidad un conjunto de estudios de clara vocación económica que apuntan fundamentalmente a si el factor fiscal influye en las decisiones de localización de las personas con rentas más elevadas. Estos trabajos nos ofrecen una información muy valiosa para sostener nuestras afirmaciones en torno a la práctica del arbitraje fiscal y la potencial creación de dinámicas de competencia fiscal entre los Estados miembros. Uno de los primeros estudios en este campo y clara referencia de los posteriores es el artículo del Profesor MIRREES (J. A.): "Migrations and Optimal Income Taxes", *Journal of Public Economics*, Vol. 18, 1982, págs. 319-341, que analiza la tributación óptima de las rentas nacionales y foráneas en un contexto de movilidad. Su principal conclusión es que conviene gravar más severamente las rentas obtenidas por no residentes. Sin embargo, la misma no tiene cabida en el marco actual del Derecho comunitario. Varios trabajos posteriores, con los Estados Unidos como trasfondo, han destacado la influencia del factor fiscal en los traslados de sujetos con rentas más elevadas, por ejemplo: BAKIJA, J. y SLEMROD, J., "Do the Rich Flee from High State Taxes? Evidence from Federal Estate Tax Returns", *NBER Working Papers*, núm. 10645, 2004, pág. 36; o WAGNER, D., "Do Tax Differences Cause The Brain Drain?", *Policy Options*, Diciembre 2000, págs. 33-41. Este último está centrado en explicar el *brain drain* desde Canadá a Estados Unidos. En un completo trabajo, en que se analizó la circulación de trabajadores más cualificados en 49 países, EGGER y RADULESCU alcanzaron la conclusión de que la progresividad del sistema fiscal supone un obstáculo para su atracción por una jurisdicción. Véase: EGGER, P. y RADULESCU, D. M., "The Influence of Labor Taxes on the Migration of Skilled Workers", *CESifo Working Paper*, núm. 2462, 2008, pág. 11. Dos estudios más recientes, han demostrado la importancia de diseñar esquemas especiales para evitar que estos trabajadores más cualificados se vean repelidos por un sistema fiscal progresivo. El primero, demuestra su eficacia para que los clubes de fútbol de España, Holanda, Bélgica o Francia atrajeran a jugadores foráneos de máximo nivel: KLEBEN, H. J., LANDAIS, C. y SAEZ, E. "Taxation and International Migration of Superstars: Evidence from the European Football Market", *NBER Working Papers*, núm. 16545, 2010. El segundo, respalda la utilidad del régimen especial danés para atraer trabajadores altamente cualificados: KLEBEN, H. J. y otros, "Taxation and International Migration of Top Earners: Evidence from the Foreigner Tax Scheme in Denmark", mimeo. En el ámbito de la doctrina jurídica, algunos de los mejores aportes los encontramos en: EIKELENBERG, A., *Taxation of Expatriates from the Perspective of Tax Competition*, Master Thesis, Tilburg University, 2008 y en AA.VV., "The principle of equality & Special income tax regimes for individuals", en AA.VV., *The principle of equality in taxation* (constitutional law, European law, WTO and tax treaties), Eucotax Wintercourse 2010, Uppsala Universitet, 2010.

fiscalidad directa, aunque existe un cierto proceso de armonización espontánea de tipos y regímenes por imitación⁶.

A lo largo del capítulo comprobaremos que el arbitraje fiscal en este campo se encuentra bastante limitado a las rentas más elevadas, únicas a las que potenciales ventajas fiscales podrán compensar los costes inherentes a un cambio de residencia y únicas que podrán adoptar estrategias de inversión en el extranjero para aprovecharse de los conflictos en la coordinación de varios poderes tributarios.

Del mismo modo, los nichos de competencia fiscal en la tributación de las personas físicas serán pocos, concentrándose en regímenes especialmente orientados a atraer a los trabajadores más cualificados o a las *personas ricas*, empleando el lenguaje de la Comisión. Aunque el número de destinatarios efectivos pueda ser reducido, al concentrarse en manifestaciones de renta elevadas, los beneficios recaudatorios pueden tener una importancia relativamente alta, especialmente para aquellas jurisdicciones más pequeñas, que tendrán mayores incentivos para diseñar esquemas más agresivos para su atracción⁷.

⁶ En el capítulo primero ya hicimos referencia a este tipo de competencia, también denominada *yardstick competition*. Véase: apartado 3.3 del capítulo primero.

⁷ Al igual que sucede en la teoría general de la competencia fiscal, en el ámbito de la tributación de las personas físicas las jurisdicciones pequeñas pueden ser las grandes beneficiadas. En palabras de KLEBEN y otros: “small countries have the most to gain from preferential tax schemes for foreigners. Hence, «tax heavens» for highly skilled workers are likely to generate severe tax competition across European countries and severely limit the ability of European governments to use progressive taxation. This will require international coordination and the design of rules regulating such special schemes particularly in the European union”. Véase: KLEBEN, H. J. y otros, “Taxation and International Migration of Top Earners: Evidence from the Foreigner Tax Scheme in Denmark”, mimeo, pág. 21. En último término, sin embargo, observaremos que estos regímenes son aprobados generalmente por Estados miembros con elevada presión fiscal que tratan de esta forma de resultar atractivos a estas rentas más elevadas ofreciendo un alivio a la progresividad habitual de sus sistemas tributarios.

2. LA MOVILIDAD DE LOS FACTORES

A este respecto resulta útil poner en conexión este apartado con el desarrollo más genérico realizado en el apartado 3.1 del capítulo segundo. No obstante, ampliaremos y concretaremos algunas de las conclusiones expuestas entonces para adaptarlos al objetivo concreto de este capítulo.

2.1 La movilidad del factor trabajo: un mercado dual

La Unión Europea está construida sobre la base de la ciudadanía europea⁸. Un concepto aún abstracto pero que contiene hoy una importantísima consecuencia: la libertad de circulación por la Unión Europea. Tal y como expusimos en el apartado 3.1.1 del capítulo segundo, la

⁸ La ciudadanía europea es un estatuto jurídico que ostenta cualquier persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro. Los derechos propios de esta posición están recogidos en los artículos 39 a 46 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (2010/C 83/02) que aunque fue formalmente proclamada en Niza en diciembre de 2000, fue enmendada posteriormente en 2007 y desde diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, ha adquirido el mismo carácter vinculante que los Tratados. Entre estos derechos se incluyen: el derecho a apelar al Defensor del Pueblo Europeo, iniciar propuestas legislativas (iniciativa ciudadana), el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales o europeas así como el derecho a la protección diplomática y consultar por parte de cualquier Estado miembro fuera de la Unión. En lo que a nosotros importa, el artículo 45 recoge expresamente que los ciudadanos de la Unión también tienen derecho a la libertad de circulación y de residencia en todo el territorio de la UE. El propio TJUE ha expandido esta concepción al reconocer derechos a escala comunitaria a ciudadanos que no ejercen ninguna actividad económica, dotando a la ciudadanía de un contenido material al margen del contexto económico. En este sentido se expresa: MARTÍN VIDA, M. A., “La dimensión social de la ciudadanía europea, con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones de asistencia social”, *Revista de Derecho constitucional europeo*, núm. 8, 2007, págs. 99-100. Entre estos derechos, por ejemplo, se encuentra el de que el apellido del nacional de un Estado miembro residente en otro Estado miembro se regule de acuerdo con la ley del Estado miembro de origen (STJUE de 2 de octubre de 2003, *Carlos García Avello*, asunto C-148/02). Para contextualizar esta sentencia recomendamos: TERUEL LOZANO, G. M., “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el reconocimiento del nombre en el Espacio Europeo. Notas sobre la construcción de un estatuto personal común como ciudadanos europeos y su impacto en el derecho internacional privado de los estados”, *Anales de derecho*, núm. 29, 2011, págs. 177-223.

movilidad del factor trabajo en la UE es escasa y asimétrica, circunstancias que se corresponden con un mercado de trabajo dual⁹.

Por un lado, tenemos los trabajadores menos cualificados o los ciudadanos sin empleo (aunque estén cualificados), con menos posibilidades de movilidad transnacional o que, en caso de trasladar su residencia, no lo hacen motivados por las diferencias fiscales¹⁰. Dentro de este grupo encontramos la última gran corriente migratoria desde los NEM hacia la UE-15. Del mismo modo, estamos observando como el *brain drain* ya no se produce solo desde estos Estados, ya que comienza a afectar a jóvenes cualificados de otros países con elevados niveles de desempleo juvenil y a los que la crisis económica ha azotado con más fuerza (España, Grecia, Portugal, etc.). Esta masa laboral tiene como principal objetivo encontrar un empleo y mejorar, paralelamente, sus condiciones de vida.

Tanto esta emigración como los trabajadores menos cualificados se someten (sin poner en cuestión ni plantearse alternativas) a un sistema tributario que, como hemos indicado en repetidas ocasiones, ha incrementado en los últimos lustros la presión fiscal sobre el factor trabajo, menos móvil y con menor riesgo de deslocalización que las rentas del capital¹¹.

Paralelamente, encontramos dentro de la UE una categoría de trabajadores (ya sea por cuenta propia o ajena) o ciudadanos que por su

⁹ Preocupación ya apuntada por la Comisión en su Comunicación COM (1997) 495 final: “En lo que se refiere al factor trabajo, la presión fiscal se está desplazando hacia la mano de obra menos cualificada y menos móvil, mientras que los trabajadores muy cualificados se muestran cada vez más móviles y receptivos a las diferencias de tratamiento fiscal”. Esta escasa motivación fiscal de la mayoría de los movimientos transfronterizos comunitarios fue subrayada en: BODE, E., KRIEGER-BODEEN, C. y LAMMERS, K., *Cross-border activities, taxation and the European single market*, Institut für Weltwirtschaft, Kiel, 1994, págs. 71-75. En cambio, a lo largo de este capítulo constataremos la influencia fiscal en los traslados de trabajadores más cualificados.

¹⁰ La cualificación de los trabajadores, tal y como demostraron EHRENBURG y SMITH, está directamente correlacionada con su movilidad geográfica. Por un lado, el conocimiento de otro idioma y otra cultura facilitan el traslado; por el otro, este conocimiento incrementa la productividad del trabajador en otro Estado y puede permitirle alcanzar mejores niveles de vida. Véase: EHRENBURG, R. G. y SMITH, R. S., *Modern Labor Economics: Theory and Public Policy*, 3ª Edición, Scott Foresman, Glenview (Illinois), 1988, pág. 360.

¹¹ Además, la doctrina ha advertido que este trasvase de presión fiscal no solo puede producirse entre el capital y el factor trabajo, sino entre el propio trabajo menos cualificado (menos móvil) y el trabajo más cualificado (más móvil). Véase: CASALTA NABAIS, J., *Por um Estado Fiscal Suportável*, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 205.

cualificación o sus elevadas rentas, tienen una mayor movilidad. Tal y como advertimos en el capítulo segundo, estos sujetos suelen experimentar un cierto desarraigo respecto a su Estado de residencia, pues el valor de los servicios públicos que reciben (minorado además por su tendencia a autoabastecerse por el sector privado, *self-welfare*) se encuentra muy por debajo de su contribución al sistema, especialmente en los Estados con un régimen más progresivo. Además, por su posición pueden asumir con suficiencia los costes sociales y económicos asociados al traslado de residencia¹². Estos elementos configuran un segmento del mercado de trabajo sensible a las diferencias de tributación y que, por tanto, puede responder con actitudes de arbitraje fiscal si se dan las condiciones para ello (principalmente grandes diferencias de tributación, que por sus rentas les reportarán un gran ahorro fiscal).

En este sentido, se han cumplido en parte los pronósticos de MARINI, cuando advertía que las políticas redistributivas de algunos Estados miembros podían desembocar en una emigración de las rentas más bajas hacia Estados con un *Welfare State* más desarrollado, a la par que las rentas más altas tratan de emigrar hacia jurisdicciones con menor presión fiscal¹³.

La falta de movilidad de la mayoría del factor trabajo en la UE, en cambio, ha impedido que se llegara a los extremos apuntados en su día por SINN, que auguraba la insostenibilidad de las políticas redistributivas en la UE si no se trasladaba el nivel de decisión sobre estas políticas al ámbito comunitario o si no existía una verdadera armonización de la imposición directa entre los Estados miembros¹⁴.

¹² En un estudio realizado con la Confederación Suiza como telón de fondo, FELD constata como los ciudadanos con mayores rentas sí toman sus decisiones de residencia (es verdad que dentro de un mismo Estado) orientada por los incentivos fiscales. Véase: FELD, L. P., "Tax competition and income redistribution: An empirical analysis for Switzerland", *Public Choice*, núm. 105, 2000, pág. 152.

¹³ MARINI, P., *La concurrence fiscale en Europe; une contribution au débat*, Les rapports du Sénat, núm. 483, París, 1999.

¹⁴ "Any country that tries to establish an insurance state would be driven to bankruptcy because it would face emigration of the lucky who are supposed to give and immigration of the unlucky who are supposed to receive". Véase: SINN, H. W., "Tax Harmonization and Tax Competition in Europe", *National Bureau of Economic Research*, Working Paper Núm. 3248, Cambridge, 1990, pág. 15. Esta movilidad, en cambio, sí está presente en otras economías como los Estados Unidos. Este hecho provoca una mayor interrelación entre los diferentes Estados, que deben tenerla en cuenta a la hora de determinar los tipos impositivos sobre la renta. Tratando de

En todo caso, hay que puntualizar que, al contrario que sucede con la inversión de capital, el factor trabajo no se localiza mayoritariamente allí donde obtendría un mayor rendimiento neto después de impuestos. La vinculación directa de este factor con la residencia del sujeto añade a la ecuación un conjunto de preferencias culturales, familiares, sociales e incluso climatológicas, que configuran un proceso de decisión más complejo que un simple juicio de rentabilidad económica¹⁵.

2.2 La movilidad del capital. Intereses y dividendos

El 1 de julio de 1990 entró en vigor la plena liberalización de los movimientos de capitales entre los Estados miembros¹⁶. Desde esta fecha los ciudadanos comunitarios pueden invertir sus ahorros o adquirir títulos en el

evitar las limitaciones que esta competencia provoca, la doctrina aconseja que las políticas redistributivas en los Estados Unidos se adopten a nivel federal. El primer autor que expresó esta idea fue MUSGRAVE, que ya advertía en 1959 que la responsabilidad de la *función de distribución* debía recaer sobre el nivel superior de gobierno. Véase: MUSGRAVE, R. A., *The Theory of Public Finance*, McGraw-Hill, New York, 1959 (versión castellana: *Teoría de la Hacienda Pública*, Aguilar, Madrid, 1968, págs. 3 y ss). Una idea que expresó una década después en su obra *Fiscal Systems* en los siguientes términos: “distributional adjustments should be primarily a function of central finance. This means that the progressive income tax, as the major instrument of high income taxation, should be used primarily by central government, and that the use of income taxation at lower levels (in the United States, the state and especially the local level) should operate with a distinctly less progressive or even uniform rate structure”. Véase: MUSGRAVE, A. R., *Fiscal Systems*, Yale University Press, New Haven, 1969, pág. 311. Más recientemente han expresado este mismo parecer: FELDSTEIN, M. y VAILLANT, M., “Can State Taxes Redistribute Income?”, *NBER Working Papers*, núm. 4785, 1994, pág. 29 o MIGUET, F., “Does fiscally induced migration enhance tax competition? Evidence from Switzerland”, *SSES Annual Meeting 2006*, Lugano, pág. 26.

¹⁵ Advierte acertadamente de la concepción compleja de la movilidad del factor trabajo: OSMUNDSEN, P., “Taxing Internationally Mobile Individuals. A Case of Countervailing Incentives”, *International Tax and Public Finance*, núm. 6, 1999, pág. 149. En el mismo sentido: EGGER, P. y RADULESCU, D. M., “The Influence of Labor Taxes on the Migration of Skilled Workers”, *CESifo Working Paper*, núm. 2462, 2008, págs. 20-21. Una reflexión similar realiza RAMOS PRIETO en relación a los cambios de residencia. Véase: RAMOS PRIETO, J., “Algunos aspectos problemáticos en la atribución del rendimiento de un impuesto cedido: las adquisiciones mortis causa gravadas por el impuestos sobre sucesiones y donaciones”, en AA.VV., *El debate sobre el sistema de financiación autonómica (XX aniversario del Estatuto de Autonomía para Andalucía)*, director: Javier Lasarte, coordinadores: Francisco Adame Martín y Jesús Ramos Prieto, Comares, Granada, 2003, pág. 779.

¹⁶ *Directiva 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1988, para la aplicación del artículo 67 del Tratado*. La Directiva preveía un régimen transitorio para Irlanda, España, Portugal y Grecia que finalizó para los dos primeros Estados el 31 de diciembre de 1992 y para Portugal y Grecia tres años más tarde.

mercado de capital de cualquier otro Estado miembro. En el caso de las personas físicas vamos a partir de la premisa de que estas invierten en productos de ahorro o en títulos en mercados cotizados, en lo que calificamos anteriormente como *portfolio investments* (PI), por no llegar a alcanzar una posición de control en dichas sociedades¹⁷.

Como indicamos en el apartado 3.2.1 del capítulo segundo, la atracción de *portfolio investments* y de ahorro desde otros Estados miembros, dado el marco de estabilidad financiera y política existente en la UE, resulta relativamente sencilla y puede estar muy condicionada por el factor fiscal. En el fondo, los ciudadanos realizarán estas inversiones allí donde esperen obtener una mayor rentabilidad después de impuestos, reduciendo la inversión potencial en el propio Estado si observan mejores posibilidades en otro mercado. La gran facilidad con que se puede operar en estos mercados (con un solo clic, como se dice en el argot) y la ausencia de mayores condicionantes provocan que esta sea la manifestación de renta más móvil en el seno de la UE.

No obstante, hay que especificar que la disparidad de sistemas tributarios entre los Estados miembros, la falta de información y los costes asociados a una inversión menor para el ciudadano de a pie, provocan que sean los grandes patrimonios los que concentren los movimientos financieros en la UE y en el resto del mundo, siendo los principales beneficiados por esta libre circulación de capitales. De este modo, al igual que sucedía con el factor trabajo, encontramos un mercado dual en el que solo las rentas más elevadas gozan de una verdadera movilidad que les permite operar con eficiencia y con el asesoramiento adecuado en los mercados internacionales de capital.

¹⁷ En este punto hay recordar que si las personas físicas emplean sociedades extranjeras controladas por ellas para canalizar las rentas más móviles (dividendos, intereses y cánones principalmente) y así eludir su tributación inmediata, un gran número de Estados tienen aprobadas normas sobre CFCs (transparencia fiscal internacional) para evitar el empleo de este vehículo, también aplicables generalmente a las personas físicas. De este modo, se obliga a que estos ingresos de la sociedad transparente tributen en el Estado de residencia de la persona física aunque no hayan sido efectivamente distribuidos.

3. EL ESQUEMA DE TRIBUTACIÓN

3.1 El criterio de renta mundial como punto de partida

Los Estados miembros gravan con carácter general a sus residentes conforme al principio de renta mundial¹⁸. En cambio, aplican a la vez el criterio de la fuente para gravar las rentas obtenidas por no residentes en su territorio¹⁹. Este papel preponderante de la residencia provoca que los Estados sean especialmente recelosos respecto a la pérdida de la condición de residente por sus nacionales. Por este motivo, la mayoría de Estados diseñan un sistema expansivo de calificación de la residencia que entra en conflicto con otras jurisdicciones, generando situaciones de doble residencia²⁰.

La ausencia de instrumentos comunitarios para resolver esta colisión entre las normativas nacionales traslada la cuestión al seno de los CDI. Dado que no existe una definición común de residencia, el artículo 4 del Modelo de CDI de la OCDE es muy flexible, tanto para admitir los diferentes criterios de

¹⁸ La residencia es un punto de conexión territorial subjetivo (por la vinculación de una persona con un territorio). Se diferencia de este modo de la nacionalidad (criterio estrictamente personal) y del propio principio de territorialidad como criterio territorial objetivo que vincula el territorio con el hecho imponible. SERRANO ANTÓN, F., “Hacia una reformulación de los principios de sujeción fiscal”, *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 18, 2006, pág. 10.

¹⁹ Los no residentes generalmente solo tributan por las rentas obtenidas en el Estado de la fuente. Además, únicamente se les permite deducir aquellos gastos o pérdidas estrictamente vinculados a los ingresos obtenidos en el propio Estado de la fuente. Para un análisis más detallado de la tributación del no residente en el marco comunitario: RUIZ ALMENDRAL, V.: “La tributación del no residente comunitario: entre la armonización fiscal y el Derecho tributario internacional”, *EUI working papers LAW 2008/25*, Fiesole, 2008.

²⁰ En España, por ejemplo, aparte del criterio temporal habitual (residir durante más de 183 días en España) el artículo 9.1 b) de la Ley 35/2006 del IRPF considera también residentes a los que tuvieran en España “el núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos, de forma directa o indirecta”. En Italia existe también otro criterio expansivo: se consideran residentes a efectos del impuesto sobre la renta, conforme al artículo 2 TUIR, aquellos ciudadanos que durante la mayor parte del año no solo hayan residido en Italia, sino también si han estado domiciliados o simplemente inscritos en el registro de la población residente.

residencia de cada Estado²¹, como para determinar el Estado de residencia del sujeto en caso de conflicto.

La aplicación de este principio de renta mundial limita en principio las posibilidades de arbitraje fiscal al ya conocido anglicismo *voting-with the feet*, es decir, al cambio de residencia. Sin embargo, existen dos situaciones que pueden permitir eludir la aplicación de esta regla sin necesidad de realizar este traslado de residencia.

En primer lugar, tenemos que aludir al importantísimo papel de los CDI (lo que nos obliga a reconocer de nuevo el alcance limitado de nuestro estudio) en la configuración de las relaciones transfronterizas. Su entrada en escena puede provocar, tal y como advierte la Comisión, situaciones de doble no imposición que falseen los flujos de capital y la propia circulación de los contribuyentes en el mercado interior²². De este modo, incluso sin necesidad de trasladar su residencia, un sujeto puede aprovechar la red de CDI para eludir la tributación, tanto en su propio Estado de residencia como en el Estado de la fuente. Para dar solución a esta laguna, la Comisión propone que los Estados miembros introduzcan en sus CDI una cláusula similar a la siguiente, de modo que se garantice la tributación en al menos uno de los Estados firmantes²³:

²¹Artículo 4.1

“A los efectos de este Convenio, la expresión «residente de un Estado contratante» significa toda persona que, en virtud de la legislación de ese Estado, esté sujeta a imposición en el mismo en razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga, incluyendo también a ese Estado y a sus subdivisiones políticas o entidades locales. Esta expresión no incluye, sin embargo, a las personas que estén sujetas a imposición en ese Estado exclusivamente por la renta que obtengan de fuentes situadas en el citado Estado o por el patrimonio situado en el mismo.”

²² La Comisión explica claramente la aparición de este fenómeno: “En sus convenios de doble imposición, los Estados se comprometen a menudo a no gravar determinados elementos de la renta. Con este tipo de trato fiscal, puede ocurrir que no tengan necesariamente en cuenta si estos elementos están sujetos a imposición por la otra Parte del convenio, y, por tanto, si existe un riesgo de doble no imposición. Este riesgo también puede ocurrir cuando los Estados miembros deciden unilateralmente eximir elementos de renta del exterior, independientemente de si están o no sujetos a imposición en el Estado de origen”. Véase: *Recomendación de la Comisión de 6 de diciembre de 2012 sobre la planificación fiscal agresiva*, C (2012) 8806 final, considerando 7, pág. 3.

²³ Recomendación de la Comisión C (2012) 8806 final, apartado 3.2.

“En caso de que el presente Convenio establezca que un elemento de la renta es imponible únicamente en uno de los Estados contratantes o que puede gravarse en uno de los Estados contratantes, el otro Estado contratante deberá abstenerse de gravar dicho elemento únicamente si el elemento en cuestión está sujeto a imposición en el primer Estado contratante”.

La otra situación a que tenemos que hacer referencia es la posibilidad deslocalizar rentas pasivas (intereses, dividendos o cánones) en Estados con los que no existan cláusulas de intercambio de información (y que en no pocas ocasiones suelen aplicar una retención en la fuente mínima o incluso inexistente), práctica elusiva que permite sustraer estas rentas del criterio de renta mundial²⁴. Por suerte, el nivel de desarrollo a nivel comunitario de los instrumentos de asistencia mutua e intercambio de información, así como la propia Directiva del ahorro dificultan esta posibilidad (aunque siempre que desaparezca la tributación en el Estado de la fuente el riesgo persiste). Incluso, a nivel mundial, son reseñables los avances impulsados por el *Foro Global sobre transparencia e intercambio de información* de la OCDE, que ha conseguido el compromiso de todos los Estados implicados para ajustarse a los estándares internacionales de intercambio de información²⁵.

²⁴ Este problema ha sido explicado de manera magistral por AVI YONAH, que señala a Estados Unidos como el principal culpable de la escala de competencia fiscal desatada tras derogar en 1984 la retención en la fuente que practicaba en los pagos de intereses a ciudadanos extranjeros. La mayoría de las grandes economías se vieron obligadas a seguir la estela de Estados Unidos. El resultado, como indicaba el autor: “is that individuals can generally earn investment income free of host country taxation in any of the world’s major economies”. Véase: AVI-YONAH, R. S., “Globalization, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State”, Harvard Law School, *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, núm. 4, 2000, pág. 2. Para hacer realmente atractiva esta mínima tributación en la fuente muchas economías entraron en una espiral competitiva por implementar estrictas normas de secreto bancario (en progresivo desmantelamiento actualmente) bloqueando de este modo la posible aplicación del criterio de renta mundial. Véase: GENSCHEL, P. y SCHWARZ, “Tax Competition: a literature review”, *Socio-Economic Review*, núm. 9, 2011, pág. 345.

²⁵ Este Foro creado en 2003 pretende definir un *level playing field* en el escenario internacional basado en el intercambio de información entre jurisdicciones. El principal resultado de este Foro han sido los estándares internacionales fiscalmente aceptados que exigen a las diferentes jurisdicciones intercambio de información bajo petición, supresión del secreto bancario y fin de las cláusulas del interés nacional. De manera progresiva más y más jurisdicciones han sido excluidas de las denominadas en un principio listas negra (no se comprometían a alcanzar estos estándares), actualmente vacía, y gris (se comprometían a ajustarse a dichos estándares pero aún no habían alcanzado los 12 acuerdos de intercambio de información exigidos). En estos momentos, conforme al informe de progreso de los trabajos del Foro, solo Nauru y Guatemala se mantienen en esta lista gris. Véase: OCDE, *Progress Report of the Global Forum*

3.2 El traslado efectivo de residencia. Límites

A salvo de las situaciones que hemos indicado anteriormente, la aplicación del criterio de renta mundial limita las posibilidades de arbitraje fiscal casi exclusivamente a los cambios efectivos de residencia²⁶. El principal problema radica, por tanto, en impedir los cambios de residencia ficticios que pueden tratar de eludir la aplicación del poder tributario del Estado donde se reside por otro que aplique una menor presión fiscal. Ante esta situación, los Estados se enfrentan a un conflicto de prueba, en el que tratarán de demostrar que el sujeto cumple los criterios (principalmente permanencia en el territorio más de la mitad del año o mantenimiento en el mismo del núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos) para mantener la condición de residente y, de este modo, la sujeción a su poder tributario²⁷.

Estas reglas de prueba se endurecen especialmente en los casos en que el cambio de residencia se produce con destino a un Estado que puede ser calificado como paraíso fiscal²⁸. Incluso, algunos Estados van más allá y

implementing the international agreed tax standard, actualizado a 18 de mayo 2012. Como indica la doctrina, es previsible que el requisito de 12 acuerdos de intercambio de información o CDI con esta cláusula para quedar incluido en la lista blanca se endurezca a medida que avancen los trabajos del Foro. En este sentido: FALCÓN Y TELLÁ, R. y PULIDO GUERRA, E., *Derecho fiscal internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 264.

²⁶ En relación al tratamiento de la residencia en los CDI y en la fiscalidad general nos remitimos a: ALMUDÍ CID, J. M. y SERRANO ANTÓN, F. “La residencia fiscal de las personas físicas en los Convenios para evitar la doble imposición internacional y en la normativa interna española”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 221-222, 2001, págs. 73-104;

²⁷ En este punto son relevantes las normas de determinación de la residencia existentes en el respectivo CDI que pueda ser de aplicación. También resultan esenciales para determinar la carga de la prueba las posibles presunciones que puedan articularse. En el Derecho español, por ejemplo, existe una presunción *iuris tantum* en el artículo 9.1.b) LIRPF conforme a la cual: “Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el contribuyente tiene su residencia habitual en territorio español cuando, de acuerdo con los criterios anteriores, resida habitualmente en España el cónyuge no separado legalmente y los hijos menores de edad que dependan de aquél”.

²⁸ Por ejemplo, tanto en la normativa española, en el artículo 9.1.a) LIRPF, como en la normativa italiana, artículo 2-bis TUIR, se prevé una inversión de la carga de la prueba cuando el traslado se produce con destino a un país o territorio considerado como paraíso fiscal. A estos efectos, ambos países tienen aprobadas sendas listas de paraísos fiscales. En el caso de España esta lista se recoge en el artículo 1 del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio. Aunque dicha lista no se ha actualizado, sí se prevé una cláusula de actualización automática en el artículo 2 del propio Real Decreto, introducida en el año 2003 que prevé la salida de esta lista de aquellos países y territorios que firmen con España un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de

aprueban cláusulas antiabuso que persiguen bloquear los efectos de un cambio de residencia efectivo mediante normas de extensión de la sujeción tributaria²⁹. Por ejemplo, la legislación española contempla la conocida como “cuarentena fiscal” en el actual artículo 8.2 LIRPF. Conforme a esta regla, los nacionales españoles (enfaticamos nacionales) que acrediten su nueva residencia fiscal en un país o territorio considerado como paraíso fiscal seguirán considerándose residentes en España durante el período impositivo en que se efectúe el cambio de residencia y durante los cuatro siguientes³⁰.

intercambio de información. Esta cláusula excluiría, por tanto a países o territorios de la lista que han firmado acuerdos de intercambio de información (Andorra, Aruba o Antillas Holandesas) o CDI como Malta (2006), Emiratos Árabes Unidos (2007), Jamaica (2009), Trinidad y Tobago (2009), Barbados (2011), Panamá (2011), Hong Kong (2012) o Singapur (2012). Fuera de la lista quedaría también Chipre ya que, aunque su CDI esté aún pendiente de publicación en el BOE, al igual que Malta ostentan obligaciones incluso superiores con los demás Estados miembros dentro del marco de aplicación de la actual Directiva 2011/16/UE en materia de cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad. De hecho, la doctrina considera que esta exclusión se produjo en el mismo momento de su adhesión a la Unión Europea, época en que estaba vigente un instrumento más débil de cooperación como era la anterior Directiva 77/799/CEE. En este sentido: CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., “Las normas antiparaíso fiscal españolas y su compatibilidad con el derecho comunitario: el caso específico de Malta y Chipre tras la adhesión a la Unión Europea”, *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 11, 2004, pág. 41. Alcanza una conclusión equivalente: FALCÓN Y TELLA, R. y PULIDO GUERRA, E., “Derecho fiscal internacional”, *op. cit.*, pág. 275, nota 190. En el caso de Italia existen varias *Black List* aprobadas por sucesivos Decretos que ofrecen una relación de los Estados o territorios considerados paraísos fiscales o con regímenes fiscales privilegiados. En este caso en concreto *el Decreto del 4 maggio 1999* recoge los Estados o territorios considerados fiscalmente privilegiados a efectos del artículo 2-bis TUIR. La lista se actualizó por *Decreto Ministeriale del 27 luglio 2010* para excluir expresamente a Chipre y Malta, que se incluyeron simultáneamente en la *White List* (relación de Estados con fiscalidad privilegiada pero abiertos al intercambio de información). No obstante, la Administración italiana, en sendas resoluciones de 2004 y 2005, ya había interpretado la exclusión de estos dos Estados desde su incorporación a la UE. Véase: BERGESIO, A., “L’obbligo di indicare ‘separatamente’ in dichiarazione ‘i cosiddetti costi black list’”, *Il Fisco*, núm. 4, 2006, págs. 513 y ss.

²⁹ El profesor CHICO DE LA CÁMARA enumera entre estos Estados: Alemania, Dinamarca, Suecia, Finlandia o España, además de Noruega o Estados Unidos. Véase: CHICO DE LA CÁMARA, P., “La residencia fiscal y la cláusula del beneficiario efectivo como medidas anti-abuso generales en el Modelo de Convenio de la OCDE”, en AA.VV., *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, coordinadores: Maria Teresa Soler Roch y Fernando Serrano Antón, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002, pág. 65. En el caso de Alemania, por ejemplo, se aplica una extensión de la sujeción como “no residente” durante nada menos que diez años desde la salida del país para los nacionales que hubieran estado sujetos al tributo durante cinco de los diez años anteriores, se trasladen a un Estado con baja tributación o que les conceda un régimen preferencial y que mantengan vínculos económicos con Alemania. Véase: AA.VV., *European Tax Handbook 2012*, directores: Ola van Boeijen-Ostaszewska y Marnix Schellekens, IBFD, Ámsterdam, 2012, pág. 344.

³⁰ Aunque este precepto ha sido criticado por la doctrina al considerarse excesivamente rígido o desproporcionado, por no admitir prueba en contrario (véase: DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA, A., “La extensión de la sujeción tributaria en el derecho comparado y la nueva ley de renta”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 191, 1999, págs. 185-186), no puede

Otro instrumento para dificultar este traslado de residencia podrían ser los impuestos de salida. Al exigir el gravamen de las plusvalías latentes en caso de cambio de residencia de una persona física, el Estado de residencia está dificultando en la práctica la huida hacia otras jurisdicciones. Sin embargo, la jurisprudencia comunitaria analizada³¹ ha dibujado un espectro menos restrictivo para los impuestos de salida sobre personas físicas en el ámbito comunitario al exigir que se permita el aplazamiento de la deuda tributaria hasta la efectiva realización de las plusvalías³². En un sentido similar, la STJUE de 12 de julio de 2012, *Comisión/España*, asunto C-269/09 ha declarado incompatible con la libertad de establecimiento y la libre circulación de trabajadores la obligación que pesaba sobre los residentes españoles que trasladasen su residencia al extranjero a integrar en su declaración de modo inmediato todas las rentas que tuvieran pendiente de imputación en el IRPF.

De hecho, la configuración expansiva de la libertades fundamentales realizada por el Tribunal excluye prácticamente cualquier obstáculo a los cambios de residencia efectivos entre Estados miembros. En este contexto, se puede entender la impotencia de algunos Estados que como Francia ven emigrar de manera constante algunas de sus mayores fortunas, no ya solo a Estados terceros como Suiza, sino a otros Estados miembros de la UE como Bélgica³³.

recibir ninguna tacha desde el punto de vista del Derecho comunitario, pues Malta y Chipre, países teóricamente incluidos en la lista de paraísos fiscales por la normativa española, estarían excluidos (véase dos notas al pie *supra*) conforme al actual artículo 2 del Real Decreto 1080/1991.

³¹ Véase: apartado 6.3.2 del capítulo segundo.

³² En Francia el impuesto de salida se exige en el momento del cambio de residencia sobre las plusvalías en acciones que representen al menos el 1% de una sociedad y con un valor superior a 1,3 millones de euros. En el caso de Holanda, Estado afectado directamente por los pronunciamientos comunitarios, la garantía de la liquidación solo se exige si el traslado se realiza a otro Estado no miembro de la UE.

³³ Este éxodo ha sido muy tratado por la prensa generalista en los últimos meses, con atención especial a la figura del actor Gerard Depardieu, que ha trasladado supuestamente su residencia al municipio de Néchin, en Bélgica. Resulta muy descriptiva en este sentido la noticia: “Obélix y la marmita belga”, *El País*, 23 de diciembre de 2012. Posteriormente profundizaremos en los motivos obvios que promueven estos traslados. En este punto simplemente indicaremos que en Francia se mantiene vigente el *Impôt de solidarité sur la fortune*, que grava el patrimonio neto de los contribuyentes hasta un 1,8% anual y que estaba prevista la entrada en vigor en 2013 de un tipo excepcional de 75% sobre las rentas superiores a 1 millón de euros en el impuesto sobre la renta. En concreto, a través de la *Project de loi de finances pour 2013*, que prevé que la *Contribution exceptionnelle sur les hauts revenus* prevista

3.3 El problema de la doble imposición

3.3.1 Los métodos para eliminar la doble imposición y la falta de un instrumento común en la UE

La opción de gravar la renta de las personas físicas en función del criterio de residencia responde a los especiales lazos que el residente tiene con el territorio y con el disfrute de los servicios públicos e infraestructuras a él asociados. El principal inconveniente resultante de la aplicación del criterio de renta mundial³⁴ es que provoca frecuentemente situaciones de doble imposición cuando el residente percibe rentas ya gravadas en el Estado de la fuente³⁵. Este riesgo desaparecería si los Estados aplicaran estrictamente y recíprocamente el criterio de residencia, admitiendo que las rentas obtenidas por los no residentes únicamente fuesen gravadas en sus Estados de residencia. Sin embargo, en relación a los no residentes, los Estados rompen con el criterio de residencia y aplican de modo general el criterio de la fuente, gravando las rentas obtenidas por estos en su territorio y creando situaciones de doble imposición.

en el artículo 223 sexies A del *Code général des impôts* sea del 18%, dejando el tipo total en el 75%. Sin embargo, el 29 de diciembre de 2012 el *Conseil constitutionnel* del país galo ha declarado en la Décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, apartados 73-74, que esta medida es inconstitucional porque no tiene en cuenta ni la capacidad contributiva ni la igualdad en el pago de las cargas públicas ante los diferentes núcleos familiares. Por ejemplo, una familia con dos contribuyentes que obtengan rentas de 900.000 euros estaría exenta de este gravamen, mientras que una familia con un solo contribuyente que ingresara 1,2 millones de euros quedaría sujeta al mismo, hecho que crearía una clara situación de desigualdad.

³⁴ El principal objetivo de aplicar este criterio no es otro que poder gravar las actividades del residente en el exterior, justificándonos en el vínculo de la residencia. BERLIRI, A, *Principios de Derecho tributario*, vol. I, trad. Fernando Vicente Arche, Edersa, Madrid, 1964, págs. 151-152.

³⁵ Este criterio es criticado por VOGEL, que considera que gravar la renta sobre la base de la renta mundial “es contrario al comercio internacional y, por tanto, contrario a los intereses de los Estados de residencia y de fuente”. Igualmente, apunta a que solo mediante el criterio de territorialidad se consigue la equidad entre los Estados, ya que “es el Estado donde se ha generado la renta, quien contribuye a ello con sus recursos naturales, sus prestaciones y servicios públicos, por supuesto, en mayor medida que el Estado en el que reside la empresa”. VOGEL, K, “World wide or source taxation of income?”, *Rassegna Tributaria*, núm. 1, 1988, págs. 261-262.

En principio, como observamos en el apartado referente a la jurisprudencia del TJUE, el Derecho comunitario admite este trato diferencial, ya que se considera que generalmente el residente y el no residente no se encuentran en situaciones comparables³⁶. Eso sí, la jurisprudencia comunitaria obliga a tratar al no residente del mismo modo si está en una situación comparable³⁷.

En relación a la doble imposición debemos diferenciar los supuestos de doble imposición económica, en que un mismo poder tributario grava una renta en sede de dos sujetos diferentes (el supuesto clásico son los dividendos), de la doble imposición jurídica, en la cual dos poderes tributarios gravan una misma renta en sede del mismo sujeto (generalmente una retención en el Estado de la fuente y la correspondiente tributación como residente).

La doble imposición jurídica es la que más preocupa en el ámbito internacional y para su eliminación existen tres vías diferentes. Por un lado los instrumentos clásicos: las medidas unilaterales tomadas por cada uno de los Estados³⁸ y los tratados internacionales, fundamentalmente convenios de doble imposición bilaterales. Por otro, algunos autores han puesto sobre la mesa una tercera vía: la armonización fiscal en el seno de una organización supranacional, cuyo ejemplo paradigmático sería la UE³⁹.

³⁶ Tal y como está configurado el principio de no discriminación, los Estados pueden configurar su sistema en atención a los residentes. SACHETTO, C, "La Corte di giustizia CE e i criteri formali e sostanziali nella imposizione dei soggetti non residenti degli Stati membri: un nuovo teorema di Fennat", *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, núm. 1, 1999, pág. 191.

³⁷ La Comisión sugiere el umbral del 75% de la renta total imponible como límite para considerar que un no residente comunitario se halla en una situación comparable a la de un residente. Véase: *Recomendación de la Comisión, de 21 de diciembre de 1993, relativa al régimen tributario de determinadas rentas obtenidas por no residentes en un Estado miembro distinto de aquel en el que residen (94/79/CE)*. Esta recomendación se ha recogido en la legislación española en el art. 46 de la LIRNR.

³⁸ Las diferentes técnicas señaladas por LUCHENA MOZO son: la exención en la base imponible nacional de todo o una parte de las rentas foráneas, generalmente a condición de que hayan sido efectivamente gravadas; un crédito fiscal a emplear en su Estado de residencia por el importe del impuesto pagado o devengado en el extranjero; deducir como gasto en la base imponible del Estado de residencia el impuesto pagado o devengado en el extranjero. LUCHENA MOZO, G. M., "Fiscalidad internacional de los rendimientos del trabajo", en AA.VV., *Estudios sobre fiscalidad internacional y comunitaria*, director: Miguel Ángel Collado Yurrita, Centro Internacional de Estudios Fiscales, Colex, Madrid, 2005, pág. 317.

³⁹ LUCHENA MOZO, G. M., "Fiscalidad internacional de los rendimientos del trabajo", *op. cit.*, pág. 315. Para otros autores esta tercera vía se subsume en los Convenios Multilaterales: VALLEJO CHAMORRO, J. M. y GUTIÉRREZ LOUSA, M., "Los Convenios para evitar la doble imposición:

En la práctica, sin embargo, la falta de pasos en pos de la armonización ha provocado que los mayores avances a nivel de la UE en este campo se hayan producido, de nuevo, a través de la jurisprudencia del TJUE en materia de no discriminación⁴⁰. Esta intervención del Tribunal, como indica RUIZ ALMENDRAL, ha creado un estatuto especial del no residente comunitario, más próximo al propio residente que al no residente no comunitario⁴¹.

Una alternativa a la tercera vía, agotadas las esperanzas de una Directiva, sería la adopción de un Modelo Europeo de CDI que obligara a los Estados a modificaciones puntuales de sus tratados bilaterales y que situara la cuestión de la doble imposición directamente bajo el paraguas del TJUE⁴². Una propuesta de coordinación que solucionaría más problemas de los que crea⁴³, pero que no parece factible aplicar a toda la UE y que podría avanzar, a lo sumo, como un proyecto de cooperación reforzada.

análisis de sus ventajas e inconvenientes”, *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 6, 2002, pág. 21.

⁴⁰ Como advierte PISTONE, la falta de coordinación entre los Estados en materia de CDI ha obligado al TJUE a ser el motor de la integración europea mediante la regla del precedente. Véase: PISTONE, P., “Tax Treaties and the Internal Market in the European Union Scenario”, *Intertax*, Vol. 35, 2007, pág. 76. El autor, muy crítico con la falta de iniciativa estatal llega a afirmar que “insofar as action is not carried out within the near future, negative integration will not stop from going on with even more negative repercussions for the national sovereignties of the EU Member States”, PISTONE, P., “Towards European international tax law”, *EC Tax Review*, Vol. 14, núm. 1, 2005, pág. 6.

⁴¹ RUIZ ALMENDRAL, V., “La tributación del no residente comunitario: entre la Armonización fiscal y el Derecho tributario internacional”, *op. cit.*, pág. 55. Ante esta situación, toma consistencia la propuesta de TERRA y WATTEL para crear un sistema verdaderamente no discriminatorio, en el que se debería aplicar a los no residentes (comunitarios) el mismo régimen de renta mundial y con los mismos elementos para eliminar la doble imposición que a los residentes. La otra alternativa sería aplicar un régimen estricto de territorialidad para residentes y no residentes en el que no se tuvieran en cuenta los ingresos o pérdidas foráneas. Véase: TERRA, B. y WATTEL, P., *European Tax Law, Fifth Edition*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2008, pág. 95.

⁴² A este respecto, PISTONE ha propuesto un modelo de Convenio de la Unión Europea que combina los principios del Derecho internacional, plasmados en el modelo de la OCDE, con los principios comunitarios diseñados por la jurisprudencia del TJUE. Véanse: PISTONE, P., “An EU Model Tax Convention”, *EC Tax Review*, Vol. 11, núm. 3, 2002, págs. 129-136. A juicio de MAGRANER MORENO: “un «Modelo de Convenio UE» sería la solución más fácil de aplicar. El proyecto debería ser preparado cuidadosamente a nivel técnico intentando involucrar a todos los Estados miembros. Su principal ventaja la representa, precisamente, la no necesaria utilización de un instrumento jurídico comunitario vinculante para su puesta en funcionamiento”. Véase: MAGRANER MORENO, F. J., “La coordinación de los convenios para evitar la doble imposición a escala comunitaria: situación actual y perspectivas de futuro”, *Crónica Tributaria*, núm. 137, 2010, pág. 189.

⁴³ PISTONE, P., “Towards European international tax law”, *EC Tax Review*, Vol. 14, núm. 1, 2005, págs. 6-7.

La falta de acuerdo respecto a este Modelo Europeo de CDI dibuja un escenario complicado para eliminar la doble imposición en la UE respecto a la fiscalidad directa⁴⁴. De hecho, como ya advertimos al examinar la jurisprudencia comunitaria, el TJUE reconoce que no puede entrar a valorar los posibles efectos de la disparidad de sistemas empleados para eliminar esta doble imposición⁴⁵. En este sentido, por tanto, podemos entender que la falta de un instrumento comunitario común que garantice la corrección de estas situaciones de doble imposición supone en la práctica un freno al ejercicio de la libre circulación⁴⁶.

No olvidemos que en último término los ciudadanos dependen de la red de CDI y de las normas adoptadas unilateralmente por los Estados a nivel interno para paliar esta potencial doble imposición, por ejemplo, declarando exentas estas rentas hasta un determinado límite⁴⁷. Esta red de CDI teje un conjunto de relaciones jurídicas entre los Estados que incentiva el

⁴⁴ Una posible alternativa, que parece haber caído en desgracia tras la STJUE de 5 de julio de 2005, *D*, asunto C-376/03, era la invocación de una suerte de cláusula de nación más favorecida en el seno de la UE que permitiera a los contribuyentes europeos solicitar las ventajas del CDI más favorable firmado, bien por el Estado miembro de su residencia, bien por el Estado miembro en el que obtiene su renta. Sin embargo, la sentencia señalada legitimó la ausencia de esta cláusula de nación más favorecida, por lo que aunque cabe su inclusión voluntaria, se rechazó en la práctica que el principio de no discriminación alcanzara a este elemento. Para un análisis más profundo de la cuestión nos remitimos a: KOFLER, G. W. y SCHINDLER, C. P., ««Dancing with Mr. D»: The ECJ's Denial of Most-Favoured-Nation Treatment in «D» case», *European Taxation*, Vol. 45, núm. 12, 2005, págs. 530-540.

⁴⁵ Principalmente: STJUE de 12 de mayo de 1998, *Gilly*, asunto C-336/96, apartado 54 y STJUE de 6 de diciembre de 2007, *Columbus Container Services*, asunto C-298/05, apartado 45.

⁴⁶ AA.VV., *Comentarios de Derecho Fiscal Comunitario. Análisis e interacción con la normativa fiscal española*, coordinador: Juan López Rodríguez, Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid, 2011, pág. 81.

⁴⁷ En el ámbito de las rentas del trabajo, por ejemplo, en el derecho español existen dos posibilidades alternativas que minimizan el impacto de la doble imposición. En el artículo 7 p) LIRPF se recoge la exención de hasta 60.100 euros de los rendimientos del trabajo percibidos por trabajos efectivamente realizados en el extranjero, siempre que se realicen para una empresa o entidad no residente en España o un establecimiento permanente radicado en el extranjero y a condición de que en el territorio en que se realicen los trabajos se aplique un impuesto de naturaleza similar al propio IRPF. La otra posibilidad, incompatible con esta exención, es el denominado régimen de excesos, previsto en el artículo 9.a.3 b) del RIRP, que permite considerar como dieta exenta (por ejemplo en el apartado 4): «El exceso que perciban los empleados de empresas, con destino en el extranjero, sobre las retribuciones totales que obtendrían por sueldos, jornales, antigüedad, pagas extraordinarias, incluso la de beneficios, ayuda familiar o cualquier otro concepto, por razón de cargo, empleo, categoría o profesión en el supuesto de hallarse destinados en España.».

desplazamiento del capital hacia jurisdicciones específicas, promovido especialmente por la ausencia de retención en la fuente sobre dividendos.

3.3.2 Las características específicas de las rentas del capital

Por sus especiales características vamos a indicar algunas cuestiones concretas respecto a las rentas del capital, observando especialmente las diferencias que existen entre el esquema de tributación de los intereses y de los dividendos en sede de las personas físicas.

En el caso de los intereses, la tributación conforme al criterio de renta mundial se ha enfrentado históricamente a uno de los grandes caballos de batalla del Derecho comunitario: el secreto bancario. La aprobación de la Directiva del ahorro, 2003/48/CE, trajo consigo una obligación de intercambio de información entre los Estados miembros, eliminando a la par la retención en la fuente⁴⁸, sistema que garantizaría teóricamente este principio de renta mundial de los residentes, minimizando las posibilidades de arbitraje fiscal. Sin embargo, como ya expusimos al analizar esta Directiva⁴⁹, la deficiente definición de algunos de sus elementos y la pervivencia de un régimen transitorio de retención en la fuente (y mantenimiento del secreto bancario) en Luxemburgo y Austria, debilitan un instrumento que podría sofocar gran parte de la competencia entre los Estados miembros.

Esta ausencia casi generalizada de retención en la fuente o *withholding tax* en los pagos de intereses garantiza cuanto menos que, dentro del criticado

⁴⁸ En opinión de la doctrina, la eliminación de la retención en la fuente se ha empleado como sistema de competencia fiscal. Véase: MAGLIOCCO, A., y SANELLI, A., "Should Outbound Dividends Remain Taxed at Source in the European Union? Some Hints from the Italian Example", *European Taxation*, Vol. 4, 2009, pág. 200. Una competencia fiscal entre sistemas basada en la garantía de que posteriormente no existiría un efectivo intercambio de información. Los beneficios adicionales vinculados a un mercado de capitales desarrollado y los escasos servicios exigidos por estos contribuyentes (que son residentes en otros Estados) permiten compensar con creces esta falta de tributación.

⁴⁹ Véase: apartado 5.3.5.1 del Capítulo segundo.

ámbito de aplicación de la Directiva del ahorro⁵⁰, no existirá doble imposición internacional. En cambio, en el campo de la distribución de dividendos, solo la Directiva Matriz-Filial, aplicable estrictamente al ámbito societario, ha previsto un esquema de eliminación de la retención de los dividendos en el Estado de la fuente⁵¹. Por tanto, aunque la mayoría de los CDI firmados entre los Estados miembros limitan la retención en la fuente sobre los dividendos al 15%, la existencia de doble imposición jurídica en la distribución a personas físicas es casi inevitable y debe corregirse⁵².

De hecho, aquellos Estados que garantizan la inexistencia de doble imposición al no realizar retención en la fuente sobre los pagos de dividendos a no residentes resultan especialmente atractivos para canalizar estas

⁵⁰ Como ya indicamos en el apartado correspondiente, tanto en la *Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/48/CE en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses*, de 13 de noviembre de 2008, COM (2008) 727 final, como en el más reciente *Informe de la Comisión al Consejo de conformidad con el artículo 18 de la Directiva 2003/48/CE del Consejo en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses*, de 2 de marzo de 2012, COM (2012) 65 final, se insiste en la necesidad de ampliar tanto el catálogo de productos incluidos como las transacciones y operadores económicos cubiertos.

⁵¹ La actual *Directiva 2011/96/UE del Consejo*, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, exige una participación mínima en otra sociedad del 10% para entrar dentro del ámbito de sociedades matrices previsto en la Directiva. En principio, conforme al artículo 4.1 a) el Estado de la sociedad matriz o del establecimiento permanente que reciba los dividendos se abstendrá de gravarlos. El apartado b) prevé la posibilidad de realizar una retención, aunque esta será posteriormente deducible en el impuesto de la matriz o establecimiento permanente en la fracción del impuesto relacionado con dichos beneficios y abonado por la filial y toda filial de ulterior nivel.

⁵² La doctrina se encuentra dividida al valorar si esta doble imposición jurídica puede ser una restricción contraria a las libertades fundamentales, todo ello a pesar de la claridad con que el Tribunal se ha pronunciado en sentido contrario: SSTJUE de 14 de noviembre de 2006, *Kerckhaert Morres*, asunto C-513/04, apartados 18 y ss., de 6 de diciembre de 2007, *Columbus Container services*, asunto C-298/05, apartados 43 y ss., o de 20 de mayo de 2008, *OESF*, asunto C-194/06, apartado 47. Siguiendo la estela del Tribunal se pronuncia LANG: "Since tax systems are not harmonized yet, the Court cannot avoid results that lead either to double taxation or to non-taxation (...) Among other reasons, the fact that no common rules exist on how a loss has to be determined should prevent the ECJ from attempting to establish a system in which every 'loss' is utilized once (...) The ECJ cannot replace the Community legislator but can only make sure that each single Member State complies with its obligations under Community law". Véase: LANG, M., "Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions and Contradictions" *EC Tax Review*, 2009-3, pág. 110. En sentido contrario se ha pronunciado VAN THIEL: "The exclusive focus of the ECJ on national treatment in the direct tax area, and hence the recent line of case law on tax treaties, is unsustainable in the long run (...) this recent case law line on tax treaties allows two Member States together to discriminate between internal market participants, by bilaterally agreeing to variable tax burdens on cross-border economic activity on the basis of origin". Véase: VAN THIEL, S., "The Direct Income Tax Case Law of the European Court of Justice", *Tax Law Review*, Vol. 62, 2008, pág. 153.

inversiones (aparte de poder fomentar situaciones de elusión si no se coordinan bien los instrumentos de intercambio de información). En la UE, la falta de coordinación entre los CDI es patente. Por un lado Reino Unido y Malta renuncian de forma unilateral en todos sus CDI a practicar esta retención sobre los dividendos a no residentes⁵³. Irlanda y Chipre, por su parte, hacen lo propio en varios CDI con Estados miembros⁵⁴. En otras ocasiones, los Estados pactan de forma bilateral renunciar a esta retención, como en los CDI entre Francia y Finlandia o entre Suecia y Grecia. Saliendo del marco comunitario, es también muy común entre los Estados miembros que pacten en sus CDI con Estados de gran potencial inversor (Omán, Arabia Saudí, Catar o Emiratos Árabes Unidos) renunciar a aplicar esta retención en la fuente sobre los dividendos. Hecho este último que pone en evidencia la importancia de esta renuncia a la retención como medio para atraer capital foráneo.

En resumidas cuentas, respecto al pago de dividendos y la doble imposición jurídica podemos enfrentarnos a tres situaciones diferentes: una en la que no se prevea ningún mecanismo de corrección de la doble imposición, otra en la que el mecanismo previsto no la corrija plenamente y, por último, una situación en la que sí se elimine por completo.

Por desgracia, la primera situación no encuentra ningún obstáculo actualmente en el Derecho comunitario, posición que el Tribunal ha expuesto con claridad en la STJUE de 19 de julio de 2009, *Damseaux*, asunto C-128/08⁵⁵. En este pronunciamiento un residente belga había percibido dividendos de una sociedad francesa que fueron gravados con una retención en la fuente del 15%, conforme al CDI entre ambos Estados. Posteriormente, el Estado belga gravó el dividendo restante (85%) con el 15% previsto en su

⁵³ En el CDI entre España y el Reino Unido, por ejemplo, España se compromete en el artículo 10. 1. a) a no imponer una retención superior al 15%. Sin embargo, el artículo 10.3, a) iii) establece con carácter general que “los dividendos pagados por una Sociedad residente del Reino Unido, y cuyo beneficiario efectivo sea residente de España, no se someterán a ningún impuesto sobre dichos dividendos en el Reino Unido”.

⁵⁴ Irlanda, por ejemplo, en los CDI con Austria, Finlandia o España; Chipre con Italia o Hungría.

⁵⁵ Para un análisis sintético de la posición del TJUE al respecto de la doble imposición de dividendos y las diferencias de trato entre residente y no residente nos remitimos a: SPENGEL, C. y EVERS, L., “The Cross-border Taxation of Dividends in the Case of Individual Portfolio Investors: Issues and Possible Solutions”, *EC Tax Review*, 2012-1, págs. 23-25.

normativa sobre todos los dividendos percibidos por residentes belgas, sin ofrecer ningún instrumento que corrigiera la evidente doble imposición jurídica. El TJUE avaló esta falta de mecanismos para eliminar la doble imposición en Bélgica con el siguiente argumento (apartado 35):

“el Derecho comunitario, en su estado actual y en una situación como la del litigio principal, no prescribe criterios generales para el reparto de competencias entre los Estados miembros en lo que se refiere a la eliminación de dobles imposiciones dentro de la Comunidad”.

(por tanto) “el artículo 56 CE no se opone a un convenio fiscal bilateral como el de que se trata en el litigio principal, en virtud del cual los dividendos distribuidos por una sociedad establecida en un Estado miembro a un accionista residente en otro Estado miembro pueden ser gravados en ambos Estados miembros, y que no prevé que se establezca, a cargo del Estado miembro de residencia del accionista, una obligación incondicional de evitar la doble imposición jurídica que de ello resulte.”

La preocupación por los efectos de esta doble imposición ha llevado a la Comisión a publicar el 11 de noviembre de 2011 la Comunicación *Double Taxation in the Single Market*, COM (2011) 712 final. En este documento la institución comunitaria señala la doble imposición como un obstáculo al funcionamiento del mercado interno que desalienta las operaciones transfronterizas, las inversiones desde Estados terceros y que además altera las condiciones de competencia⁵⁶. Ante la insuficiencia de instrumentos comunitarios para paliar esta doble imposición, que alcanza a múltiples aspectos de la fiscalidad comunitaria, no solo a los dividendos, la Comisión propone una serie de soluciones⁵⁷. Entre ellas, destacamos la invitación a cerrar por completo la red de CDI entre los Estados miembros y a clarificar la interpretación de algunos conceptos de los mismos, así como la propuesta para

⁵⁶ COM (2011) 712 final, págs. 3 y ss.

⁵⁷ COM (2011) 712 final, págs. 9-11. Otras propuestas que aún no se han concretado son la creación de un Foro sobre doble imposición o la propuesta de un Código de Conducta sobre doble imposición.

impulsar un sistema de resolución de disputas a nivel europeo en el campo de la doble imposición. Finalmente, queremos mostrar nuestra impaciencia por la publicación programada en la Comunicación (ya con retraso, pues se prometieron para 2012) de un conjunto de soluciones contra la doble imposición jurídica de los intereses⁵⁸.

Además, incluso en los supuestos en que los propios Estados prevén sistemas para corregir la doble imposición, estos suelen suponer una serie de cargas formales y esperas que, en la práctica, desincentivan de igual modo la percepción de dividendos y las inversiones transfronterizas⁵⁹. Ante estos problemas, resulta lógico que los individuos prefieran realizar sus inversiones a través de instrumentos de deuda que por medio de acciones.

Como propone SPENGEL, una solución para esta distorsión sería extender el sistema previsto en la Directiva del ahorro (inexistencia de retención en la fuente e intercambio de información) también a la distribución de dividendos⁶⁰. En nuestra opinión, sería un modo ideal de impedir que la doble imposición causase distorsiones sobre las decisiones económicas de los sujetos. ¿Los obstáculos? 27 Estados, la regla de la unanimidad y un sistema efectivo de intercambio de información.

Al final, los individuos realizan sus inversiones transfronterizas en aquellos Estados en los que, conforme a las relaciones bilaterales, esta se corrige mejor o incluso desaparece. Una adecuada red de CDI se convierte en un factor de competitividad fundamental para atraer inversión en cartera.

En esencia, en su huida de la doble imposición los agentes realizan en cierta medida arbitraje fiscal; un arbitraje fiscal que en principio parece no erosionar los recursos tributarios de los Estados en su conjunto salvo que vaya

⁵⁸ Dado que la Directiva Matriz-Filial corrige la doble imposición de la denominada anteriormente FDI o inversión directa, esta propuesta se ceñirá a proponer soluciones para la inversión en cartera o PI (participaciones por debajo del 10%) que abarca también a la fiscalidad de los individuos.

⁵⁹ COM (2011) 712 final, pág. 7. En el mismo sentido: SPENGEL, C. y EVERS, L., "The Cross-border Taxation of Dividends in the Case of Individual Portfolio Investors: Issues and Possible Solutions", *op. cit.*, pág. 23.

⁶⁰ SPENGEL, C. y EVERS, L., "The Cross-border Taxation of Dividends in the Case of Individual Portfolio Investors: Issues and Possible Solutions", *op. cit.*, págs. 27 y ss.

acompañado de prácticas elusivas (combinando por ejemplo exención en la fuente con ausencia de intercambio de información).

El riesgo de que los residentes con mayor capacidad de inversión se trasladen a jurisdicciones, no ya solo con una menor tributación, sino con mejores mecanismos de corrección de la doble imposición, promueve que los Estados creen vehículos ventajosos para canalizar esta inversión. Es el caso de las conocidas como sociedades de inversión de capital variable o Sicav, con diferentes nombres y acrónimos en función del país en que operan⁶¹.

Estas sociedades emulan a los fondos de inversión, pero ofrecen a los las personas físicas participar en el accionariado, con voz y voto respecto al funcionamiento y a las decisiones ordinarias de las mismas. Generalmente, aunque los regímenes de cada Estado son diferentes, ofrecen un régimen privilegiado de tributación en el impuesto sobre sociedades por las plusvalías y dividendos recibidos⁶² (por ejemplo en España es del 1%) y permiten aplazar la tributación en sede del socio hasta que existe una distribución de beneficios, una venta de las acciones o una liquidación de la sociedad. En principio, no presentan grandes diferencias respecto a las ventajas de los fondos de

⁶¹ Estas sociedades reciben el apelativo genérico de Sicav en España, Francia o Italia (Sociedad de Inversión de Capital Variable, *Société d'Investissement à Capital Variable* y *Società a capitale variabile*, respectivamente). Instrumentos similares están vigentes en otros Estados miembros, como por ejemplo Irlanda o Luxemburgo. Las Sicav en España se encuentran reguladas en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva. En Italia se introdujeron por medio del *Decreto Legislativo 25 gennaio 1992, n.84*, y se encuentran actualmente reguladas en los artículos 43 a 50 del *Testo Unico della Finanza, Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58*. La última *Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios* ha promovido cambios en ambos Estados para adaptarse a su contenido, principalmente en lo que respecta a unas normas comunes en lo relativo a su autorización, su supervisión, su estructura, su actividad y la información que deben publicar. Esta Directiva ha sido posteriormente objeto de desarrollo por varias Directivas y Reglamentos comunitarios.

⁶² Para un análisis de su esquema de tributación en España véanse: ESTEBAN PAÚL, A. "Tributación de las instituciones de inversión colectiva en el Impuesto sobre Sociedades", en AA.VV., *El impuesto sobre sociedades y su reforma para 2007*, coordinadores: Javier Galán Ruiz, Manuel Gutiérrez Lousa y José Antonio Rodríguez Ondarza, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, págs. 551-576 y CALVO VÉRGEZ, J., "El progresivo endurecimiento de la fiscalidad de los rendimientos procedentes de las SICAV en el IRPF: últimas novedades", *Diario La Ley*, Vol. 4, 2011, págs. 1652-1661. En relación a otros regímenes. Un análisis actualizado de la normativa italiana lo encontramos en: GIANNANTONIO, G. A. y APRILE, M., *La nuova fiscalità degli organismi di investimento collettivo in valori mobiliari: in vigore dal 1 luglio 2011*, Edizione FAG, Milán, 2011.

inversión (postergar la tributación si se reinvierten los dividendos hasta la efectiva venta de las participaciones). Sin embargo, la laxitud respecto a los requisitos para su creación y funcionamiento, principalmente respecto a su verdadero carácter colectivo, puede fomentar una utilización fraudulenta de este instrumento. Si se garantiza un funcionamiento transparente de las mismas, no creemos que deban ser tildados de instrumentos de competencia fiscal lesiva, pues únicamente pretenden dotar de cierta competitividad a la inversión en cartera por ciudadanos individuales⁶³.

Por otro lado, los particulares también pueden eludir la tributación en el Estado de residencia de sus rentas pasivas empleando otros vehículos como sociedades interpuestas en terceros Estados, que permiten diferir la tributación de dichas rentas hasta una futura distribución de beneficios. La mayoría de Estados miembros han reaccionado frente a estos instrumentos, aprobando regímenes de CFCs o de transparencia fiscal⁶⁴. Sin embargo, la Comisión ha advertido acertadamente en su Recomendación de 6 de diciembre de 2012, C (2012) 8805 final, *relativa a las medidas encaminadas a fomentar la aplicación, por parte de terceros países, de normas mínimas de buena gobernanza en el ámbito fiscal*, que existe una cierta disparidad respecto al nivel de protección contra estas prácticas. Este hecho provoca que los contribuyentes, aprovechando las libertades en el seno de la UE, acaben canalizando sus

⁶³ En España han sido mucho las críticas vertidas contra al régimen de las Sicav, principalmente desde los medios de comunicación. El régimen español, que no impone topes máximos de participación de una misma persona, ha permitido generalizar el empleo de las Sicav por grandes fortunas que controlan la mayoría de las acciones de la sociedad y emplean a *hombres de paja* o *mariachis* con una mínima participación para completar el número de socios mínimo. Del mismo modo, se ha criticado la cesión de su control a la CNMV, privando a la Administración tributaria de la capacidad de verificar los requisitos necesarios para acceder al privilegiado tipo del 1%. Una situación de la que advirtieron anticipadamente: RUIZ ALMENDRAL, V. y RAMOS MUÑOZ, D., “Los problemas tributarios de las Sociedades de Inversión en Capital Variable (SICAV)”, *Quincena Fiscal*, núm. 18, 2006. Westlaw: BIB 2006/1365. En la *Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011* se corrigió por medio del artículo 65 una importante disfunción del régimen, que permitía eludir la tributación al retirar parte de la inversión considerándola reducción de capital mientras que no superara la cuantía invertida inicialmente. Véase, por ejemplo: “Las SICAV seguirán pagando el 1% para evitar la deslocalización”, *El País*, 26 de diciembre de 2012.

⁶⁴ Como ya indicamos en el apartado 6.4.3.2 del capítulo segundo, los particulares también pueden, para huir de los efectos de la doble imposición económica y jurídica y a la vez reducir su tributación, interponer sociedades controladas por ellos en jurisdicciones de baja tributación a las que transfieren las rentas más móviles (generalmente dividendos, intereses o cánones). De este modo, mientras que la sociedad no les distribuya beneficios, estas rentas son gravadas a un menor tipo efectivo en el Estado de la fuente.

actividades o transacciones a través de los Estados miembros con un menor nivel de protección. Por tanto, como hace ver la Comisión: “el nivel de protección existente dentro de la Unión frente a la erosión de la base imponible tiende a corresponderse con el Estado miembro que ofrece el nivel de protección más exiguo”⁶⁵.

Al final, por tanto, la peor competencia proviene de otros Estados miembros frente a los cuales, conforme a la jurisprudencia del Tribunal, solo se podrán esgrimir medidas antiabuso ante *montajes puramente artificiales*. Un requisito fácilmente superable con una mínima e inteligente planificación fiscal. De este modo, la restricción impuesta por la interpretación expansiva de las libertades comunitarias configura un paisaje oscuro para algunos Estados miembros y un verde prado para otros, que se convierten en opciones incluso más atractivas que terceros Estados con regímenes teóricamente más ventajosos pero frente a los cuales si se podrán oponer cláusulas antiabuso. *El enemigo vive en casa*.

Para tratar de combatir esta situación, la Recomendación sobre planificación fiscal agresiva propone la introducción de una cláusula antiabuso general que pueda ser aplicada sin necesidad de recurrir a normas antiabuso específicas (y generalmente dispares) para cada ámbito de la lucha contra la evasión fiscal⁶⁶:

“Es preciso ignorar todo mecanismo artificial o serie de mecanismos artificiales introducidos con el objetivo fundamental de evadir impuestos y que conducen a una ventaja impositiva. Las autoridades nacionales deben tratar estos mecanismos a efectos fiscales en referencia a su realidad económica”

Estaremos muy atentos a la evolución de esta cuestión en los próximos meses, así como a otras posibles implicaciones del nuevo escenario que dibuja, caracterizado por una Comisión más activa y unos Estados más

⁶⁵ Recomendación de la Comisión C (2012) 8805 final, considerando 6, pág. 3.

⁶⁶ Recomendación de la Comisión C (2012) 8806 final, apartado 4.2. En los apartados 4.3 a 4.7 se clarifican los diferentes conceptos presentes en esta cláusula general: mecanismo, artificial, objetivo fundamental, evadir impuestos o ventaja impositiva.

concienciados con los límites invisibles que el arbitraje fiscal impone al ejercicio de su soberanía y a su recaudación. Recaudación y soberanía, dos conceptos poco amigos (de caracteres incompatibles, por suavizar la expresión) de la crisis que vivimos.

4. LAS DIFERENCIAS DE TRIBUTACIÓN Y LOS REGÍMENES ESPECIALES EN LA FISCALIDAD DIRECTA Y PERSONAL

Conforme al esquema de nuestro trabajo, en este apartado nos corresponde evaluar las diferencias de tributación en materia de fiscalidad directa sobre las personas físicas que existen en la UE. Tras este análisis estaremos ya en disposición de valorar en qué nichos se fomenta el arbitraje fiscal y cuándo se reunirán las condiciones para que los Estados inicien dinámicas de competencia fiscal.

Como hemos indicado anteriormente, la aplicación generalizada del criterio de renta mundial de los residentes confiere a la residencia un papel clave en la determinación de la presión fiscal a que se verá sometido un individuo. Sin embargo, no solo deberemos prestar atención a la tributación de las rentas del trabajo o de los intereses y dividendos, sino que también podrán influir en la decisión de localización el gravamen de posibles plusvalías sobre activos, los impuestos que graven las sucesiones y donaciones o un hipotético impuesto sobre el patrimonio.

Eso sí, estos factores influirán principalmente sobre los sujetos más móviles, únicos que a la vez podrán asumir los costes económicos y sociales del cambio de residencia necesario para poder acceder, con carácter general, a regímenes más beneficiosos.

4.1 *Flat tax* y *dual income tax*. La equiparación de la tributación sobre las rentas del capital

El impuesto sobre la renta de las personas físicas es un elemento común a los sistemas fiscales de todos los Estados miembros⁶⁷. Además de ser el instrumento que otorga una mayor recaudación a las arcas públicas⁶⁸, ha soportado históricamente la carga de la progresividad del sistema, fundamentalmente a través de la fijación de mínimos exentos y escalas progresivas de gravamen. La tradicional progresividad de este impuesto, sin embargo, se ha visto seriamente comprometida en los últimos años por dos fenómenos casi simultáneos en el tiempo.

Por un lado, un gran número de Estados miembros (15) han aprobado bases imponibles duales o *dual income tax*, con tributación separada de las rentas del capital. Por otro, varios Estados miembros (8) cuentan en la actualidad con un sistema de *flat tax*⁶⁹. El primer fenómeno

⁶⁷ En la actualidad son pocos los Estados que no tienen en su sistema algún impuesto directo sobre la renta. Entre las excepciones nos encontramos con varios Estados de Oriente Medio, como Qatar, Kuwait, Bahrein, Omán o Emiratos Árabes Unidos y algunas islas del Caribe como Bahamas, Bermudas o las Islas Caimán y Mónaco.

⁶⁸ De hecho supone, de media más del 20% de recaudación de los Estados miembros. Teniendo en cuenta, además, que en los datos de recaudación se incorporan las cotizaciones sociales. *Taxation Trends in the European Union – 2012 Edition*, Taxation and Customs Union, Eurostats, pág. 197.

⁶⁹ Esta expresión fue originalmente acuñada por los economistas norteamericanos HALL y RABUSHKA para hacer referencia a un modelo de sistema fiscal (nunca implantado en la práctica) en el que se incluyera un gravamen único sobre la renta de las sociedades y de los individuos, declarando exentas las rentas obtenidas del ahorro como los intereses o los dividendos. Véase: HALL, R. E., y RABUSHKA, A., *Low tax, simple tax, flat tax*, McGraw-Hill, Nueva York, 1983 y HALL, R. E. y RABUSHKA, A., *The flat tax*, Hoover Institution Press, Stanford, 1985. Posteriormente la expresión *flat tax* se ha empezado a emplear en el contexto internacional para hacer referencia a los sistemas que fijan un tramo único en el impuesto sobre la renta. Eso sí, su casuística es muy amplia y puede extenderse a otras fuentes de renta e incluir, por ejemplo, mínimos exentos. Véase: KEEN, M., KIM, Y. y VARSANO, R., “The ‘flat tax(es)’: principles and experience”, *International Tax and Public Finance*, núm. 15, 2008, pág. 714. Para un estudio exhaustivo de los diferentes regímenes de *flat tax* recomendamos la lectura de este trabajo. En la doctrina española las obras de HALL y RABUSHKA abrieron un fructífero debate en el que el denominado “impuesto lineal” se veía como una interesante opción para atraer inversiones y reducir el fraude, preparando la economía española para la entrada en la Comunidad Económica Europea. Destacamos especialmente el completo trabajo del profesor LASARTE ÁLVAREZ (J.), “Análisis de las propuestas del impuesto lineal sobre la renta”, *Hacienda Pública Española*, núm. 101, 1986, págs. 339-364, en el que realiza un excelente estudio comparado de los efectos que las diferentes propuestas que se barajaban

afecta a casi todos los Estados de la UE-15, mientras que el segundo ha calado en los NEM. Como puede adivinar el lector, ambos fenómenos están en cierto modo relacionados. No se entiende la creación de sistemas duales de tributación para mejorar el trato a las rentas más móviles sin la presión evidente de regímenes que aplican una tarifa muy baja a todas las manifestaciones de renta⁷⁰.

En relación al sistema dual, ya indicamos en un punto anterior⁷¹ que cada vez más Estados miembros, siguiendo las reformas realizadas en los países nórdicos en los años 90, se habían unido a la moda de implantar un sistema dual de tributación que discrimina entre las fuentes de renta. Conforme al mismo, las rentas del capital (principalmente intereses y dividendos) reciben un trato preferente respecto a las rentas del trabajo o de la actividad profesional, tributando a tipos generalmente proporcionales y evitando así la aplicación de la escala progresiva del impuesto.

Este trato asimétrico tiene su fundamento en los diferentes índices de movilidad de ambos tipos de manifestaciones de capacidad económica, constatados anteriormente. Las posibilidades de realizar arbitraje fiscal, aunque en descenso por los crecientes instrumentos de cooperación, sitúan a los titulares de rentas del capital en una posición de poder respecto a la jurisdicción de residencia. A favor de este sistema, eso sí, indicaremos que resulta coherente que estas rentas tributen a un tipo

tendrían sobre la recaudación. Tras demostrar que la incidencia recaudatoria podría ser mínima, el autor advertía, no obstante, que “tal vez no sea necesario, ni deseable, que estos amplios objetivos se traduzcan en una pérdida real de la progresividad” (pág. 364). Si la recaudación no disminuye y evidentemente los tipos más elevados se reducen con un impuesto lineal, los niveles de renta inferiores son los que correrían con el peso de la reforma. Una de estas propuestas concretas la encontramos en: PÁRAMO-GONZÁLEZ MARTÍNEZ-MURILLO, J. M., “El impuesto lineal sobre la renta”, *Papeles de Economía Española*, núm. 27, 1986, págs. 297-302.

⁷⁰ No obstante, como iremos viendo a lo largo de este apartado esta relación no es tan estrecha como pudiera parecer. Los *flat tax* no son una competencia tan grande para los Estados de la UE-15 y los regímenes de *dual income tax* de estos no tienen como objeto principal luchar contra la competencia de los *flat tax*.

⁷¹ Nos remitimos a la referencia a la tributación dual realizada en el apartado 6.2 del capítulo primero, relativo al cambio del *tax mix*. Recomendamos especialmente las referencias bibliográficas allí realizadas.

próximo al impuesto sobre sociedades, pues las posibilidades de inversión pueden considerarse sustitutivas⁷².

En la siguiente tabla enumeramos los Estados que actualmente tienen vigente algún sistema de tributación dual. Hemos simplificado los tipos y obviado regímenes especiales para una mayor claridad⁷³. Para más detalles nos remitimos a la principal fuente de nuestros datos, la obra del IBFD, *European Tax Handbook 2012*⁷⁴.

Tabla 1 - Estados miembros y la tributación dual sobre la renta (2012)

Estados miembros	Escala progresiva (Min-Máx) ⁷⁵	Tipo sobre el capital
Alemania	0-45%	25% ⁷⁶

⁷² Otro elemento que consideramos de gran relevancia es la tributación de las plusvalías que pudieran obtenerse, tanto de activos financieros como de otros activos mobiliarios o inmobiliarios. La influencia de este factor en el momento mismo del traslado es relativa. Como ya hemos visto al hilo del examen de los impuestos de salida, en caso de cambio de residencia a otro Estado miembro, el Estado de salida puede exigir el devengo de las plusvalías latentes aunque no puede exigir su pago inmediato. Por tanto, un ciudadano no puede pretender cambiar de residencia para la tributación en otro Estado de plusvalías vivas en el momento del cambio de residencia. Aún así sí queremos dejar constancia de la exención parcial de estas plusvalías en Estados como Bélgica o Austria. En un completo estudio comparado de los 27 Estados miembros en 2005 ya se destacó que en la práctica totalidad de los países existe algún tratamiento fiscal diferenciado para las plusvalías a largo plazo, bien mediante la aplicación de tipos reducidos, bien mediante exenciones totales o parciales para determinadas plusvalías. Véase: *Análisis comparativo de los impuestos directos en la Unión Europea y Estados Unidos*, Instituto de la Empresa Familiar, Madrid, 2005, págs. 21-32. Paralelamente: RODRIGO SAUCO, F., “La tributación de las plusvalías en el ámbito europeo: una visión de síntesis”, *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 7, 2005. Más recientemente, otro completo informe a nivel mundial destaca que “the majority of countries do offer real incentives either via reduced or zero capital gains tax rates, to promote ongoing (and often much needed) investment in their region”. Véase: *KPMG’s Individual Income Tax and Social Security Rate Survey 2012*, KPMG internacional, 2012, págs. 5 y 30-31.

⁷³ Por ejemplo, no hemos tenido en cuenta los diferentes mecanismos para la corrección de la doble imposición económica que pueden reducir la base imponible de los dividendos.

⁷⁴ AA.VV., *European Tax Handbook 2012*, op. cit. Aunque su publicación data de 2010 y desde entonces varios Estados miembros han cambiado sus tipos y tramos, sigue constituyendo un excelente resumen el cuadro presente en: ADAME MARTÍNEZ, F. D., “El Impuesto sobre las Personas Físicas en la Unión Europea”, en AA.VV., *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, Relator General: Adriano Di Pietro, CEF, Madrid, 2010, págs. 151-156.

⁷⁵ No vamos a hacer mención a los diferentes tramos ni a las posibles reducciones que pudieran minorar aún más la tributación para las rentas más bajas. El principal objetivo de esta tabla no es otro que hacer ver la existencia de un esquema dual de tributación.

Estados miembros	Escala progresiva (Min-Máx)	Tipo sobre el capital
Austria	0-50%	25%
Bélgica	25-50%	21-25% ⁷⁷
Chipre	0-35%	15-20% ⁷⁸
Dinamarca	4,64-51,5% ⁷⁹	27%
Eslovenia	16-41%	20%
España	24,75%-52% ⁸⁰	21-27% ⁸¹
Finlandia	0-50% ⁸²	30-32% ⁸³
Grecia	0-45%	10-25% ⁸⁴

⁷⁶ La tributación dual se introdujo en 2009. A ambos conceptos (impuesto progresivo y proporcional) habrá que añadir el 5,5% de recargo de solidaridad (*Solidarit tszuschlag*)

⁷⁷ Los dividendos se gravan al 25% y los intereses al 21%.

⁷⁸ En puridad los intereses y dividendos est n exentos del impuesto sobre la renta pero son gravados por la Contribución Especial a la Defensa. Los intereses al 15% y los dividendos al 20%.

⁷⁹ Al límite inferior debemos añadir el impuesto municipal sobre la renta, que ronda el 25%. El límite del 51,5% opera como un umbral máximo de tributación teniendo en cuenta todos los tributos sobre la renta (incluido el 7% de contribución sanitaria).

⁸⁰ Durante los años 2012 y 2013, el *Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público* aprobó un gravamen complementario en las diferentes cuotas. Este gravamen oscila en la imposición general entre el 0,75 y el 7%. En la tributación sobre el capital, entre el 2 y el 6%. Además, hay que tener en cuenta el poder tributario de las CC.AA. para modificar la escala de gravamen del tramo autonómico del IRPF, modificaciones cuyo impacto son examinadas con detalle en: MACARRO OSUNA, J. M., "Evolución de la tarifa autonómica del IRPF como mecanismo contra la crisis económica: estudio comparativo", en AA.VV., *Encuentro de Derecho Financiero y Tributario (1  edición) Desafíos de la Hacienda Pública Española. Justicia en el diseño del sistema tributario español*, págs. 151-169.

⁸¹ 21% para rentas inferiores a 6.000 euros, 25% de 6.001 euros a 18.000 euros y del 27% en adelante.

⁸² Al impuesto progresivo estatal (hasta el 29,75%) hemos añadido un impuesto municipal proporcional que oscila alrededor del 20%.

⁸³ El 32% se aplica por encima de 50.000 euros.

⁸⁴ Los intereses reciben un tratamiento diverso en función de la fuente, desde el 10% para intereses procedentes de bonos estatales o depósitos hasta el 20% para intereses de préstamos. Los dividendos tributan a un tipo fijo del 25%.

Estados miembros	Escala progresiva (Min-Máx)	Tipo sobre el capital
Italia	23-46%	20%
Luxemburgo	0-41,34%	0-15% ⁸⁵
Malta	0-35%	15%
Portugal	11,50-49%	25%
Reino Unido	20-50%	10-50% ⁸⁶
Suecia	0-55% ⁸⁷	30%

Fuente: *European Tax Handbook 2012*

Como podemos observar en este sintético cuadro, nada menos que 15 de los 27 Estados miembros aplican algún sistema de tributación dual que privilegia las rentas del capital respecto, por ejemplo, las rentas del trabajo. Como ya hicimos ver en un trabajo previo⁸⁸, la crisis económica ha incrementado la presión sobre las rentas más altas, con un incremento generalizado de los tipos de gravamen en los tramos superiores de la escala

⁸⁵ Los intereses abonados por entidades nacionales a particulares están exentos de tributación. Los dividendos, con una exención del 50% si son abonados por entidades residentes gravadas plenamente, soportan un gravamen del 15%.

⁸⁶ Los intereses y dividendos conforman bases imponibles independientes a las que se aplica la escala de gravamen de forma independiente. En el caso de los intereses, salvo el primer tramo (hasta 2710 libras en 2012) que tributa al 10%, en el resto de los tramos coincide con los tipos sobre otras rentas. En el caso de los dividendos los tipos oscilan desde el 10% (hasta 34.370 libras) hasta el 42,5% (a partir de 150.000 libras).

⁸⁷ Hemos añadido el impuesto municipal sobre la renta, redondeado al 30%.

⁸⁸ MARTÍN RODRÍGUEZ, J. M., "Breve comentario sobre las medidas fiscales adoptadas en otros Estados miembros de la Unión Europea", en AA.VV., *Medidas de política financiera y fiscal contra la crisis. Ejercicios 2008-2009. Jornadas sobre la salida de la crisis. Mesa de análisis de la reforma del sistema financiero y del sistema fiscal*, coordinadores: Javier Lasarte Álvarez, Salvador Durbán García y Fernando Faces García, Escuela Andaluza de Economía, Universidad Pablo de Olavide, Comares, Granada, 2010, págs. 200-211.

progresiva⁸⁹. Aunque el principal argumento fuese la necesidad de aumentar la recaudación, también es verdad que “hacer pagar más al que más tiene” es una productiva arma política para contentar a los votantes de rentas más bajas. De este modo, se ha roto la tendencia a la baja en el gravamen de las rentas más altas que se venía observando en la última década⁹⁰. Esta subida, aunque en menor medida, también se ha trasladado en ocasiones a las rentas sobre el capital, llegando incluso a poner en cuestión la idea inicial de un tipo único, tal y como ha sucedido en Estados como España o Finlandia.

Paralelamente, hasta ocho de los doce últimos Estados miembros incorporados a la UE han establecido un sistema de *flat tax*, aplicable en principio a todas las fuentes de renta, en concreto: Bulgaria (10%), República Checa (15%), Lituania (15%), Rumanía (16%), Hungría (16%)⁹¹, Eslovaquia (19%), Estonia (20%) y Letonia (23%)⁹².

Estos *flat tax* provocan un gran contraste respecto a los tipos marginales superiores que gravan las rentas del trabajo en los sistemas progresivos de algunos Estados miembros, por lo que serán los contribuyentes de mayores rentas los que se verían más beneficiados por la aplicación de estos tipos proporcionales⁹³. Al final, únicamente Francia e Irlanda se han mantenido al margen de estas nuevos esquemas de

⁸⁹ Entre ellos, Grecia, Italia, España, Chipre, Portugal, Francia, Luxemburgo o Reino Unido.

⁹⁰ De hecho, desde el año 1998 al año 2008 se observó una caída de aproximadamente 7 puntos de media (48% a 41%) en los tipos marginales superiores de los Estados de la UE-15.

⁹¹ En el año 2012 se aplica un recargo sobre la base para las rentas mensuales superiores a HUF 202.000 (653 euros), con lo cual en la práctica existen dos tramos de renta, uno del 16% y otro del 20,3%.

⁹² Fuente: <http://www.worldwide-tax.com>. Datos actualizados a 1 de septiembre de 2012. Hay que advertir, sin embargo, que estos tipos no incluyen las aportaciones a los diferentes sistemas de seguridad social de estos Estados; elemento que de ser incluido en un análisis puede incrementar enormemente el tipo efectivo del factor trabajo. Véase: KEEN, M., KIM, Y. y VARSANO, R., “The ‘flat tax(es)’: principles and experience”, *op. cit.*, pág. 714.

⁹³ ADAME MARTÍNEZ, se muestra preocupado por las marcadas diferencias generadas por estos *flat tax* y apunta a que pueden convertirse en un factor clave en la futura movilidad de los ciudadanos comunitarios. Véase: ADAME MARTÍNEZ, F. D., “El Impuesto sobre las Personas Físicas en la Unión Europea”, *op. cit.*, pág. 148.

tributación, manteniendo una escala tributación progresiva aplicable por igual a todos los tipos de rentas⁹⁴.

Entonces, ¿cuál es el principal resultado de la convivencia de *flat tax* y *dual income tax*? Sencillamente, que se reducen enormemente las diferencias de tributación entre las rentas del capital. Por tanto, son escasos los incentivos para realizar un cambio de residencia que permita gozar de un régimen de tributación sobre el capital más beneficioso (intereses y dividendos). El arbitraje fiscal en este ámbito, por tanto, no se practica cambiando de residencia. De hecho, las *grandes* fortunas que pueden realizar *grandes* inversiones suelen recurrir a una planificación fiscal agresiva *desde su casa* que los lleva a emplear sociedades interpuestas, otros vehículos de inversión como las Sicav o instrumentos híbridos que eluden la obligación de intercambio de información de la Directiva del ahorro, dificultando la aplicación del criterio de renta mundial.

En definitiva, uno de los menores problemas en relación con las rentas del capital son los tipos estatutarios de otros Estados miembros. Los Estados miembros no compiten entre sí en este sentido. Sí lo hacen, en cambio, cuando bloquean la corrección de las lagunas de la Directiva del ahorro o cuando actúan de modo benevolente y condescendiente contra algunas prácticas abusivas (de las que se benefician).

Cada Estado, al final, entra en una lucha contra sí mismo y contra todos los estímulos externos de arbitraje fiscal que pueden llevar a un determinado grupo indeciso de contribuyentes a realizar prácticas y operaciones para eludir la tributación del capital. Este grupo de contribuyentes indecisos se situaría en un escalón intermedio entre las grandes fortunas, que realizan una intensa planificación fiscal en todo caso y los ciudadanos de rentas bajas y medias, que están absolutamente fuera de estos circuitos. A estos ciudadanos el Estado debe ofrecerles un

⁹⁴ En el caso de Francia, a pesar de integrarse los dividendos e intereses con las demás rentas personales en la escala progresiva el legislador francés ha previsto un *prélèvement libératoire* entorno al 40% sobre los mismos, sustitutivo de esta integración. Véase: AA.VV., "European Tax Handbook 2012", *op. cit.*, pág. 297. Irlanda, por su parte, únicamente cuenta con dos tramos de tributación en el impuesto sobre la renta por lo que la progresividad no es significativa.

sistema lo suficientemente atractivo para que no opten, no ya por cambiar su residencia a otro Estado miembro, sino por *dar el salto* y solicitar los servicios de algún asesor que les ayude a maximizar la rentabilidad neta de sus inversiones, sin moverse de casa. Los sistemas duales de tributación, por tanto, no son una respuesta directa a los demás tipos estatutarios, sino que son una respuesta individual (adoptada por un gran número de Estados) frente a todas aquellas prácticas (comunitarias e internacionales) que crearon un gran *gap* entre la rentabilidad neta de inversiones planificadas en otros Estados y las inversiones nacionales.

4.2 La tributación efectiva sobre las rentas del trabajo

Hasta ahora tal vez nos hemos dejado arrastrar excesivamente por los grandes números. Sin embargo, como hemos comprobado, los tipos estatutarios no siempre resumen las posibilidades de arbitraje fiscal, tal y como sucede en la tributación sobre el capital.

En este apartado tenemos la intención de analizar la tributación sobre las rentas del trabajo, un ámbito en el que cualquier posibilidad de arbitraje fiscal sí pasa, casi inevitablemente, por un cambio de residencia. Para no volver a incurrir en la misma simplicidad vamos a tomar como parámetros de referencia los tipos efectivos de gravamen, el mejor método para valorar las diferencias reales de tributación entre los Estados miembros. Con este objetivo, emplearemos los datos aportados por el completísimo estudio *KPMG's Individual Income Tax and Social Security Rate Survey 2012* que, entre otros parámetros, analiza desde la óptica de 114 países cuál sería la tributación efectiva en el impuesto sobre la renta de un contribuyente modelo (soltero y sin hijos) que obtuviese rentas del trabajo brutas por valor de \$ 100.000 y \$ 300.000 respectivamente⁹⁵.

⁹⁵ La elección de este tipo de contribuyente permite simplificar el cálculo de la cuota tributaria, prescindiendo de reducciones o deducciones familiares. Sin embargo, al margen de las fuertes

Con gran acierto, este estudio incluye las cotizaciones a la seguridad social por cuenta del contribuyente. No olvidemos que en el desplazamiento al extranjero se valora el salario neto que se percibirá y de él se detrae de manera obligatoria esta contribución⁹⁶. Sorprendentemente, en muchas ocasiones las cotizaciones a la seguridad social son regresivas (justo al contrario que sucede con el impuesto sobre la renta), ya que los Estados suelen fijar unos topes máximos de contribución al sistema⁹⁷. Este hecho provoca que las rentas más elevadas (por ejemplo, en el caso de nuestro sujeto modelo que obtiene \$ 300.000), contribuyan al sistema de seguridad social en menor proporción que las rentas medias (en el caso de \$ 100.000)⁹⁸.

bonificaciones aplicadas en algunos Estados por tener personas dependientes a cargo (principalmente en la UE-15), en algunos Estados el cálculo de la cuota y la progresividad del impuesto están también directamente afectados por la unidad familiar. Este es el caso de Francia, que emplea el sistema de *quotient familial* (se asigna un coeficiente en función del número de miembros de la unidad familiar y cada unidad del coeficiente tributa por separado) o Alemania, que emplea el sistema del *splitting* (en el que se divide la renta de ambos cónyuges y se aplica la tarifa por separado). Para un análisis detallado de las ventajas, inconvenientes y consecuencias de ambos regímenes nos remitimos a: CAÑAL GARCÍA, F., *Las rentas familiares en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Instituto de Ciencias para la Familia, Rialp, Madrid, 1997, págs. 62-72.

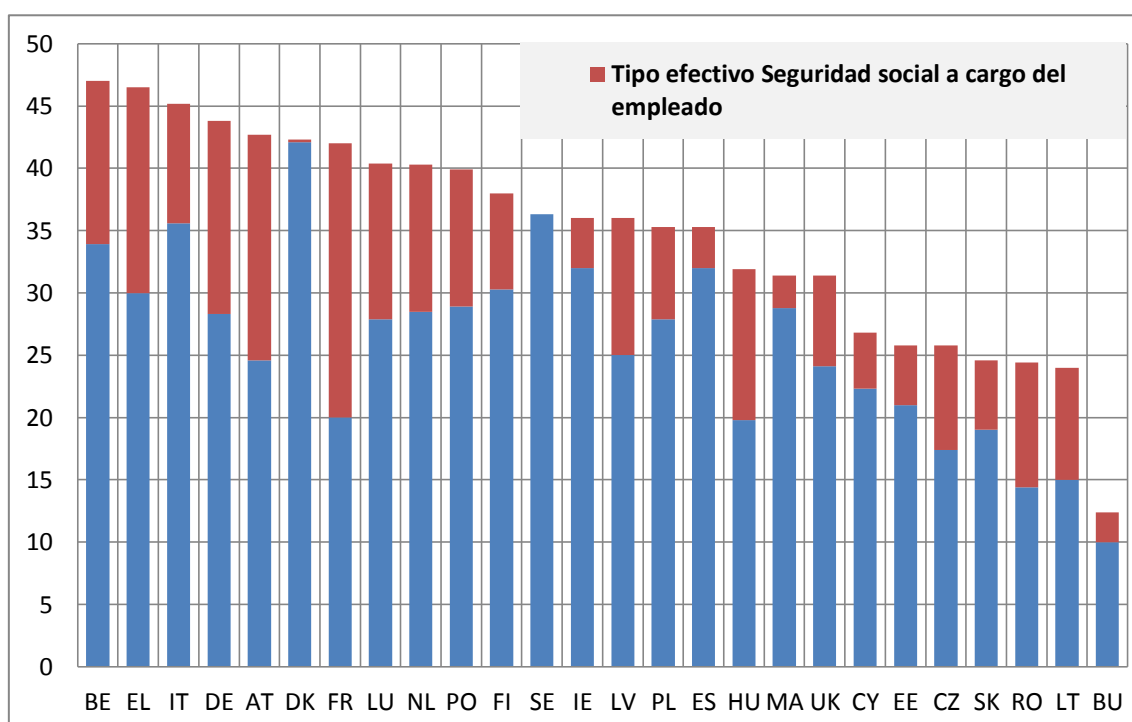
⁹⁶ En relación a los trabajadores más cualificados, las empresas realizan así las ofertas, asumiendo los impuestos y las cotizaciones sociales. Así lo aclaran, entre otros: MARINI, P., "La concurrence fiscale en Europe; une contribution au débat", *op. cit.*; CHICO DE LA CÁMARA, P., "Los regímenes tributarios especiales que concede nuestro sistema tributario a los deportistas para favorecer la generación de renta en nuestro país", *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*, núm. 17, 2006, pág. 161 o ÁLVAREZ DE LINERA, P., "El régimen fiscal de los impatriados", *Legal Today*, 22 de junio de 2009.

⁹⁷ Para un examen más detallado acerca de los motivos y efectos potenciales de esta regresividad véanse: LÓPEZ GARCÍA, M. A., "Incidencia y percepciones en la financiación de las pensiones públicas", *Papeles de Economía Española*, núm. 30-31, 1987, págs. 339-354; PÉREZ INFANTE, J. I., "Análisis económico de la financiación de la Seguridad Social española", *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, núm. 38, 1997, págs. 190-237; LYNN CORONADO, J., FULLERTON, D. y GLASS, T., "The Progressivity of Social Security", *NBER Working Papers*, núm. 7520, 2000; URBANOS GARRIDO, R. M., "Tendencias internacionales en la financiación del gasto sanitario", *Papeles de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, Serie Economía, núm. 19, 2004.

⁹⁸ Como comprobaremos a continuación esta situación es común a la mayoría de Estados miembros. Véase: *KPMG's Individual Income Tax and Social Security Rate Survey 2012*, págs. 8-11. En el caso de España, por ejemplo, la base máxima de cotización mensual en el año 2013 conforme al artículo 113 de la *Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013*, es de 3.425,70 euros mensuales. Este hecho provoca, por ejemplo, que la incidencia efectiva de esta cotización sobre el trabajador que obtiene de renta \$ 300.000 (1,1%) sea tres veces inferior a la soportada por el trabajador que obtiene solo \$ 100.000 (3,3%).

El objetivo de nuestro análisis es valorar el verdadero impacto de los *flat tax*, denunciar la regresividad de dichas cotizaciones sociales y examinar la progresividad real de las escalas de gravamen. Para ello, emplearemos tres gráficos. Los dos primeros se limitan a recoger la tributación efectiva del individuo modelo en ambos supuestos, incluyendo tanto la tributación específica sobre la renta como las cotizaciones sociales⁹⁹. El tercero, en cambio, ofrece un análisis comparativo de ambas situaciones, ofreciendo una clara representación de la progresividad efectiva de los sistemas tributarios y evidenciando la regresividad de las cotizaciones sociales.

Gráfico 1 – Tipo efectivo. Ingresos brutos de \$ 100.000



⁹⁹ Para los dos primeros gráficos únicamente hemos tenido que adaptar los datos incluidos en relación a los 27 Estados miembros en el estudio *KPMG's Individual Income Tax and Social Security Rate Survey 2012*, págs. 8-11.

Gráfico 2 – Tipo efectivo. Ingresos brutos de \$ 300.000

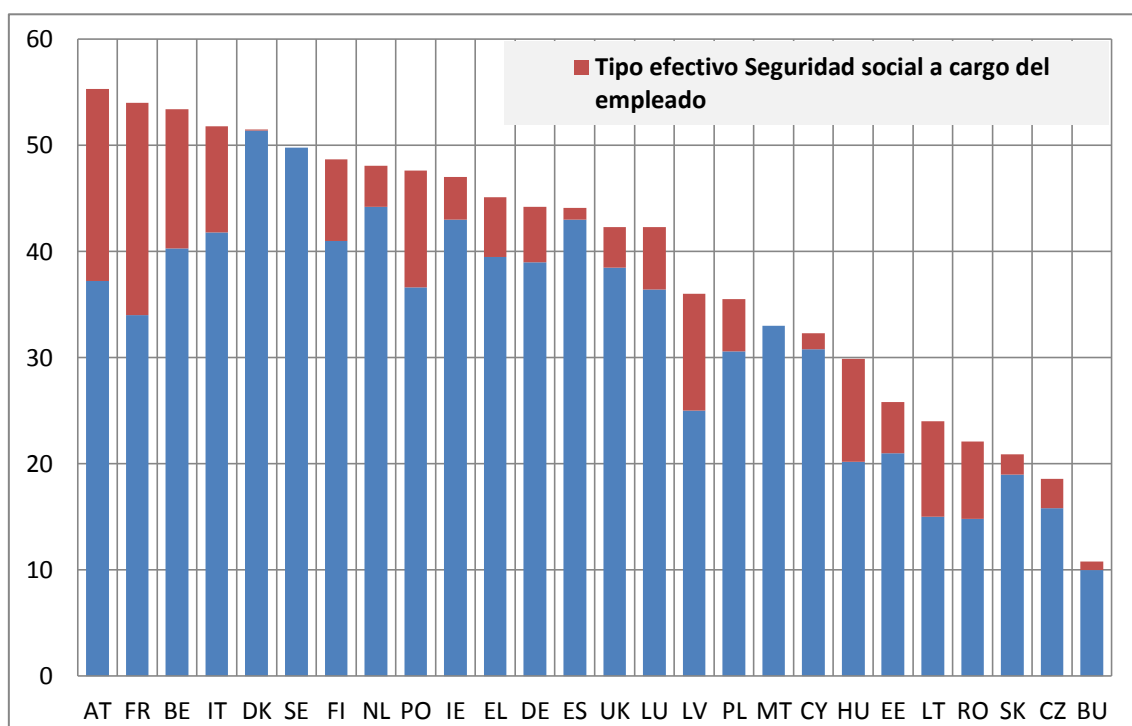
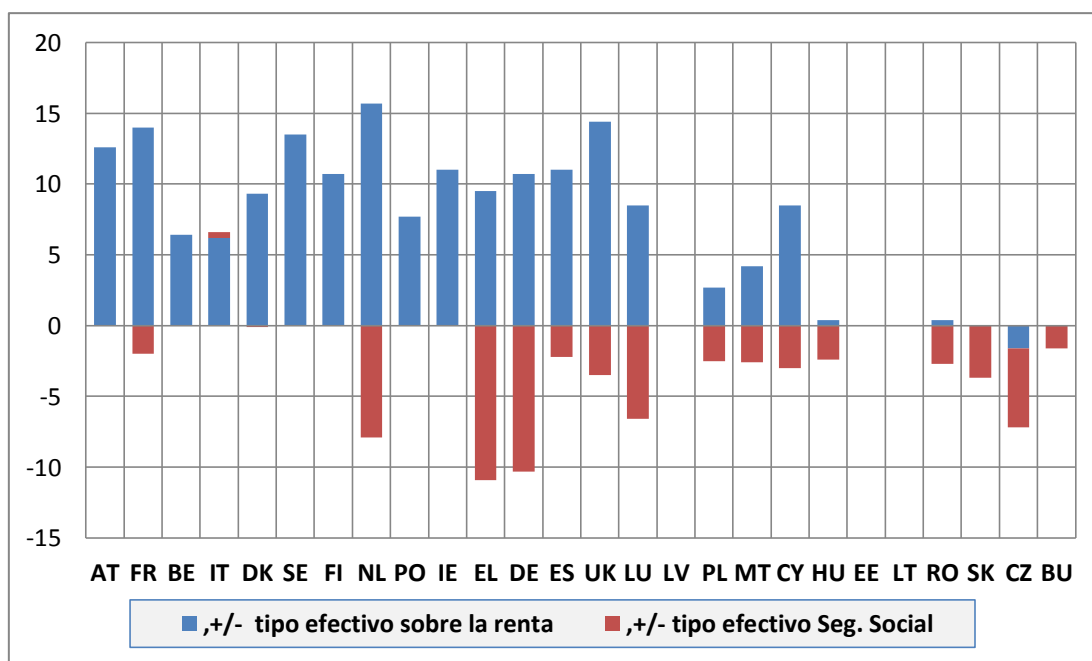


Gráfico 3 – Diferencias de tipo efectivo entre ambos contribuyentes



Fuente: Elaboración propia a partir de *KPMG's Individual Income Tax and Social Security Rate Survey 2012*

Algunas de las cifras son reveladoras. Por un lado, destacan los efectos de aplicación de los *flat tax* en los NEM. Se puede apreciar como en siete de ellos (los últimos del gráfico) los tipos efectivos que gravarían a un contribuyente que obtuviera rentas por valor de \$ 300.000 en un año no alcanzarían siquiera el 30%. Incluso, cuestión aún más sorprendente, el efecto regresivo de las cotizaciones sociales produce que los tipos efectivos de este contribuyente sean incluso inferiores a los de un trabajador con rentas más bajas.

Sin embargo, la regresividad de las cotizaciones es especialmente acentuada en algunos de los Estados de la UE-15, como Grecia, Alemania, Luxemburgo u Holanda. De hecho, prácticamente llega a compensar en todos estos casos la pretendida progresividad del impuesto sobre la renta y configura un tipo efectivo total entre ambos sujetos casi equivalente.

En lo que respecta a la progresividad del gravamen sobre la renta, sí apreciamos una clara vocación por parte de la UE-15 en este sentido, con diferencias de tipos efectivos entre ambos supuestos en torno al 10% de media. De hecho, las reformas recientes en algunos Estados miembros orientadas a mejorar la recaudación y “exigir un esfuerzo extra a los más ricos” profundizan en la progresividad de los sistemas y, por tanto, en las diferencias respecto a los Estados que aplican un sistema de *flat tax*¹⁰⁰.

De la aparente rotundidad de estas cifras podríamos extraer la errónea conclusión de que los NEM con tipos efectivos más bajos tienen un gran potencial para atraer a los trabajadores muy cualificados¹⁰¹. Muy al contrario, sigue siendo frecuente que el *brain drain* se produzca en sentido

¹⁰⁰ Entre ellos, Grecia, Italia, España, Chipre, Portugal, Francia, Luxemburgo o Reino Unido. En el caso de España, MACARRO OSUNA, J. M., “Evolución de la tarifa autonómica del IRPF como mecanismo contra la crisis económica: estudio comparativo”, *op. cit.*, ha puesto de manifiesto los efectos reales de las reformas aprobadas por las diferentes CC.AA. con un estudio comparativo similar al realizado por KPMG.

¹⁰¹ El hecho de que la implantación de un *flat tax* (con especiales efectos sobre las rentas más altas, como hemos podido comprobar) en Estados del Este de Europa no haya ido acompañado de movimientos migratorios significativos en esta dirección puede tener también como explicación, sencillamente, que este no era su objetivo. Se confirma de este modo que dichos cambios responden más a una lógica de sistema (incentivar la afloración de economía sumergida, no desincentivar el empleo, apostando en su defecto por reforzar la tributación indirecta) que a una verdadera práctica de competencia fiscal.

inverso, con destino a la UE-15. Entre los motivos de esta paradoja podemos apuntar, por ejemplo, que el deficiente tejido empresarial en estos Estados dificulta que existan sociedades que puedan ofrecer posiciones atractivas a estos ciudadanos. Además, nunca podemos perder de vista que la mayor presión fiscal en otros Estados miembros tiene correlación más o menos directa con servicios públicos de mayor calidad.

Sin embargo, entre otros posibles factores uno cobra especial relevancia en nuestro trabajo: los Estados miembros, principalmente aquellos con sistemas más progresivos y aparentemente menos atractivos, entran en competencia por atraer y retener a los trabajadores más cualificados ofreciéndoles esquemas especiales de tributación¹⁰². Por un lado, suelen ofrecer a sus residentes la exención de las rentas obtenidas en el extranjero, protegiéndolos contra la doble imposición y desincentivando un cambio definitivo de residencia por motivos fiscales (medida defensiva). Por el otro, configuran regímenes específicos para atraer capital humano del exterior, ofreciendo esquemas de tributación ventajosos a trabajadores no residentes bajo determinadas circunstancias, generalmente mitigando los efectos de la progresividad de sus sistemas fiscales (medida ofensiva). Estos regímenes se conocen como “de expatriados” y “de impatriados” respectivamente. Este último, al tener por objeto la atracción de trabajadores expatriados se suele conocer de manera ambivalente por ambas expresiones. En particular, en el apartado siguiente analizaremos si este régimen de impatriados crea verdaderos incentivos que puedan desembocar en situaciones de competencia fiscal entre los Estados miembros de la UE.

¹⁰² Como hace ver CORDÓN EZQUERRO, este hecho provoca que “determinados principios constitucionales como los de igualdad, justicia y progresividad ceden su primacía frente a otros como los de neutralidad y eficiencia, que alcanzan mayor relevancia en el ámbito de las operaciones económicas internacionales”. Sin embargo, concordamos con el autor en que estos regímenes responden a una estrategia competitiva común en muchos Estados, comprensible en un contexto global de internacionalización y globalización. Véase: CORDÓN EZQUERRO, T., “Régimen fiscal de los impatriados y expatriados”, *Nuevas Tendencias en Economía y Fiscalidad Internacional*, ICE, núm. 285, 2005, pág. 81. Otras críticas en el mismo sentido encontramos en: LANDA AGUIRRE, I., “Los derechos de explotación de la imagen, los deportistas y la opción de tributación en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes”, *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 14, 2004, págs. 21-23 y MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, J. M., “El régimen fiscal especial para trabajadores desplazados en la Ley 35/2006 del IRPF”, *Quincena Fiscal*, núm. 12, 2007, págs. 21-24.

4.3 Los regímenes de impatriados (expatriados) en la UE

El TJUE ha intervenido en varias ocasiones en defensa de la no discriminación en el tratamiento a expatriados que, manteniendo su residencia en otro Estado miembro, obtenían rentas como no residentes en otro Estado miembro¹⁰³. El fin principal de estos pronunciamientos ha sido eliminar el trato discriminatorio al no residente y garantizarle, en la medida en la que su situación fuera comparable a la de un residente, el acceso a diferentes beneficios fiscales. Sin embargo, la actuación del TJUE no abarca los supuestos en que estos trabajadores reciben en otro Estado un trato más beneficioso que los propios residentes, los supuestos de *discriminación inversa*¹⁰⁴. En contra de esta forma de discriminación únicamente se podrán pronunciar los respectivos Tribunales nacionales (generalmente en la instancia constitucional) en virtud de su ataque frontal a los principios de igualdad y no discriminación.

Por tanto, los Estados son libres en el ámbito comunitario para extender una alfombra roja a los nacionales o residentes en otros Estados miembros con rentas más altas. Es decir, mientras que existen obstáculos a otro tipo de inmigración, los Estados no ponen impedimentos a que personal altamente cualificado o con elevadas rentas entre en sus fronteras. Muy al contrario, no pocos cuentan con regímenes fiscales

¹⁰³ Es el el caso de las SSTJUE de 8 de mayo de 1990, *Biehl*, asunto C-175/88; de 14 de febrero de 1995, *Schumacker*, asunto C-279/93 o de 12 diciembre de 2002, *De Groot*, asunto C-385/00.

¹⁰⁴ AA.VV., "The principle of equality & Special income tax regimes for individuals", *op. cit.*, pág. 30. Como desarrolla pormenorizadamente EIKELENBERG, únicamente existirá una discriminación potencial desde un punto de vista internacional si un Estado trata peor una situación transfronteriza que una situación doméstica (discriminación negativa). En cambio, no existirá si la discriminación es positiva, dispensando un mejor trato a la situación transfronteriza. En palabras de la autora: "This is logical since this means that it is attractive to go abroad, which is in line with the EU-goal: a Common Market". Véase: EIKELENBERG, A., *Taxation of Expatriates from the Perspective of Tax Competition*, *op. cit.*, pág. 35.

especiales para atraer “expertos”, “investigadores” o “altos directivos”¹⁰⁵. Son los ya citados regímenes de impatriados.

4.3.1 Principales argumentos que avalan su aprobación

Las principales razones que se esgrimen para aplicar estos regímenes son dos. Por un lado, la necesidad de compensar los gastos que estos trabajadores pueden tener al desplazarse a otro Estado (vivienda, mudanza, desplazamientos, etc.). Por otro, la innegable ventaja que para el desarrollo de un país supone contar con personal altamente cualificado¹⁰⁶. La realidad de las normativas nacionales nos permite cuestionar la pureza de estos argumentos. Es verdad que la primera razón la consideramos perfectamente válida conforme al principio de neutralidad, sin embargo, la mayoría de Estados no se limitan a compensar gastos, sino que ofrecen la exención de un importe de la renta o la aplicación de un tipo ventajoso, rompiendo así el vínculo con la generación del gasto. La segunda razón resulta aún más cuestionable en vista de que muchos Estados no se han preocupado de establecer criterios para seleccionara los ciudadanos que acceden a estos regímenes¹⁰⁷.

A estas dos razones queremos añadir otros dos motivos detrás de la aprobación de estas medidas. En primer lugar, consideramos que los

¹⁰⁵ Advierte de este hecho SCHÖN, W., “Tax Competition in Europe – General Report”, en AAVV. *Tax Competition in Europe*, Coordinador: Wolfgang Schön), Amsterdam: International Bureau of Fiscal Documentation, 2003, págs. 22-23. En el fondo, los países con elevados niveles de presión fiscal (entre los que el autor cita a Bélgica, Dinamarca, Finlandia u Holanda) son los más preocupados en crear este *status* privilegiado para la importación de talento del exterior por temor a que su alto coste fiscal impida a sus empresas acceder al mismo.

¹⁰⁶ AA.VV., “The principle of equality & Special income tax regimes for individuals”, *op. cit.*, pág. 31.

¹⁰⁷ Mientras que algunos Estados limitan el acceso a este régimen a investigadores, directivos o personal altamente cualificado, en otros Estados la ausencia de estos límites permite que se acaben beneficiando en muchas ocasiones deportistas de alto nivel, cuya aportación al desarrollo de un país resulta cuestionable. Véase: CHICO DE LA CÁMARA, P., Los regímenes tributarios especiales que concede nuestro sistema tributario a los deportistas para favorecer la generación de renta en nuestro país”, *op. cit.*, pág. 161 o KLEBEN, H. J., LANDAIS, C. y SAEZ, E. “Taxation and International Migration of Superstars: Evidence from the European Football Market”, *op. cit.*

Estados pueden aprobar estos regímenes impulsados por la ventaja que supone atraer contribuyentes con elevadas rentas que, incluso tributando a tipos inferiores o pudiendo aplicarse elevadas deducciones, van a contribuir recaudatoriamente muy por encima del coste unitario de los servicios que podrán requerir¹⁰⁸. Un negocio *redondo*. En segundo lugar, la vigencia de estos regímenes constituye un medio de ayudar a las empresas locales a contratar personal cualificado a menor coste. Es habitual que estos trabajadores exijan para el traslado un determinado sueldo y unas condiciones *netas* de impuestos, por lo que son las empresas las que asumen, en la práctica, el coste fiscal de estos trabajadores cualificados. Si este coste fiscal se reduce...*Voilà*, capital humano cualificado a precio de saldo. No solo eso, además aquellos Estados que establecen importes máximos para las cotizaciones sociales a cargo tanto del empleador como del empleado están beneficiando de modo implícito la contratación de trabajadores con elevados salarios respecto a otros Estados en que, al no existir estos límites, la cotización es proporcional¹⁰⁹.

4.3.2 Los regímenes especiales de impatriados en la UE. Un análisis comparado.

En la siguiente tabla hemos tratado de resumir los elementos clave de los regímenes de impatriados vigentes en la UE en el plano estrictamente fiscal. Como era de esperar, estos se concentran únicamente en los Estados de la UE-15, en su afán por mitigar los efectos de la progresividad de sus sistemas fiscales.

¹⁰⁸ Este tipo de sujetos suelen encuadrarse dentro del grupo de *self-welfare*, que suelen recurrir al sector privado en sustitución de los servicios públicos. Incluso, en Estados como Malta se permite la aplicación de un régimen especial también a inversores extranjeros que deseen realizar actividades en el archipiélago mediterráneo. En este caso, la conexión con la competencia fiscal empresarial se hace aún más patente.

¹⁰⁹ Véase *supra* Gráfico 3 para identificar estos Estados miembros.

Tabla 2 – Regímenes especiales de impatriados en la UE

Estado Miembro	Ventajas a impatriados
Austria ¹¹⁰	Gastos deducibles: desplazamiento, vivienda, educación, etc.
Bélgica	Aplicación del régimen de no residentes (exención de las rentas foráneas).
Chipre	Exención de hasta el 50% de las rentas durante 5 años Renta mínima de 100.000 €.
Dinamarca ¹¹¹	Tipo proporcional del 26% (más 8% de contribución social) por un periodo de 5 años. Renta mínima de 9.000 € / mes.
España ¹¹²	Tipo proporcional del 24%. Duración de 5 años más el año

¹¹⁰ A condición de que residan un máximo de 5 años y mantengan una residencia en el extranjero.

¹¹¹ La cifra de retribución mínima es exactamente DKK 69.300 al mes. Este régimen se reformó con efectos desde el 1 de enero de 2011. En relación al régimen anterior, que sigue aún vigente de modo transitorio, véase: KLEBEN, H. J. y otros, "Taxation and International Migration of Top Earners: Evidence from the Foreigner Tax Scheme in Denmark", mimeo.

¹¹² El conocido como "régimen de impatriados" en España, destinado a la atracción de este tipo de personal cualificado fue aprobado a través de la *Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social*, que introdujo un nuevo apartado en el art. 9 de la, por entonces vigente *Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias*. Este apartado se corresponde con el actual artículo 93 de la *Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*. Dicho artículo tiene como título: "Régimen fiscal especial aplicable a los trabajadores desplazados a territorio español". Conforme a este régimen, vigente desde el año 2004, los nuevos residentes por desplazamiento a territorio español, bajo determinados requisitos, (por ejemplo, no haber sido residente fiscal en España en los diez años anteriores al desplazamiento o que el empleo se desarrolle en España y en beneficio de una empresa española) podrán optar por tributar como no residentes durante el año de adquisición de la residencia y cinco más. El incentivo era importante si tenemos en cuenta que los no residentes tributaban por aquel entonces a una tarifa fija del 24%, mientras que los residentes lo hacían a una tarifa progresiva de hasta el 45%. La ¿coincidencia? en el tiempo de la entrada en vigor de este régimen con el fichaje del jugador inglés de fútbol David Beckham por el Real Madrid, que obviamente optó por el mismo, hizo que se ganara el sobrenombre de "ley Beckham". Seis años después de su entrada en vigor el gobierno introdujo en la Disposición Final Decimotercera de la *Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010*, dentro del clima social que exigía medidas para dotar de mayor progresividad a la tributación directa, una modificación sustancial de dicho régimen excluyendo del mismo a las personas cuyas "retribuciones previsibles" derivadas del contrato de trabajo superen la cuantía de 600.000 euros anuales. De este modo quedan excluidos del régimen, sin carácter retroactivo, las rentas superiores a dicho umbral, que tributarán al régimen actual de rentas progresivas del IRPF (recordemos que las recientes subidas de los tipos marginales superiores han elevado el tipo máximo por encima del 50%, con cotas de hasta el 56% en Cataluña, por ejemplo). Teniendo en cuenta que hasta entonces habían optado alrededor de 2.000 personas por dicho régimen y que, aproximadamente, solo el 10% superaba dicha cifra de retribución (principalmente futbolistas y altos directivos) podemos apreciar el carácter residual de su incidencia recaudatoria. No obstante, como señala FALCÓN Y TELLA, los regímenes ventajosos para este tipo de trabajadores vigentes en otros Estados miembros cercanos como Portugal o Reino Unido,

	del traslado. Renta máxima de 600.000 €.
Finlandia ¹¹³	Tipo proporcional del 35% por un periodo máximo de 4 años. Renta mínima e 5.800 € al mes. No aplicable a personas que hayan sido residentes en algún momento durante los 10 años anteriores.
Francia ¹¹⁴	Exención del 30% de las rentas por un periodo de 5 años. Exención del 50% sobre rentas de inversión (acciones, propiedad intelectual, etc.).
Irlanda ¹¹⁵	Exención del 30% de las rentas entre 75.000 y 500.000 €. Duración entre 1 y 5 años.
Italia ¹¹⁶	Exención del 80% para las mujeres y del 70% para los hombre para investigadores que trabajaran en el extranjero los dos años anteriores. Duración máxima de 3 años.
Luxemburgo ¹¹⁷	Exención del 8 % de las rentas obtenidas (mínimo 1.500 € al

unido a la escasa competitividad de nuestra fiscalidad, pueden dificultar la ubicación de estos trabajadores en nuestro país. Véase: FALCÓN Y TELLA, R., "Modificaciones en el régimen de los nuevos residentes: España (ley Beckham), Portugal y el Reino Unido", *Quincena fiscal*, núm. 21, 2009, págs.7-10. La bibliografía española sobre este régimen y sus modificaciones es ingente. Entre otros: CORDÓN EZQUERRO, T., "Régimen fiscal de los impatriados y expatriados", *op. cit.*; CHICO DE LA CÁMARA, P., Los regímenes tributarios especiales que concede nuestro sistema tributario a los deportistas para favorecer la generación de renta en nuestro país", *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*, núm. 17, 2006, págs. 159-168; ORTIZ CALLE, E., "El régimen fiscal de los "impatriados" en el Impuesto sobre la Renta de las personas físicas: el supuesto particular de los deportistas profesionales", *Revista jurídica de deporte y entretenimiento*, núm. 23, 2008, págs. 17-30; LASARTE ÁLVAREZ, J., RAMOS PRIETO, J., ARRIBAS LEÓN, M. y HERMOSÍN ÁLVAREZ, M., *Deporte y Fiscalidad*, Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, 2008, págs. 325-351; ÁLVAREZ BARBEITO, P. y CALDERÓN CARRERO, J. M., *La tributación en el IRPF de los trabajadores expatriados e impatriados*, Netbiblo, La Coruña, 2010, págs. 23-107; GOROSPE OVIEDO, J. I., "Los regímenes opcionales de "impatriados" y de no residentes en la imposición sobre la renta", *Quincena Fiscal*, núm. 7, 2010, págs. 15-48; DÍAZ-SUNICO ABOITIZ, G., "Una vuelta de tuerca a la "Ley Beckham", *Quincena Fiscal*, núm. 4, 2010, págs. 93-97.

¹¹³ Este régimen transitorio estará vigente hasta el 31 de diciembre de 2015.

¹¹⁴ El régimen se aplica tanto a trabajadores reclutados por empresas francesas, trabajadores desplazados por empresas extranjeras y profesionales y autónomos que inviertan en una PYME al menos 1.300.000 euros (para el año 2012) y mantengan sus acciones 5 años.

¹¹⁵ Está previsto que el régimen mantenga su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2014.

¹¹⁶ Este régimen entró en vigor a través de la *Legge 30 dicembre 2010, n. 238 "Incentivi fiscali per il rientro dei lavoratori in Italia*. En principio solo se aplica a los investigadores que hayan residido con anterioridad al menos dos años en Italia y que fijen su residencia de nuevo Italia entre el 1 de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2014. Para más detalles véase: COSMAI, M., "Rientro dei cervelli: proroga delle agevolazioni fino al 2015", *Pratica Fiscale e Professionale*, núm. 23, 2012, págs. 18 y ss.

¹¹⁷ Este régimen entró en vigor el 1 de enero de 2011. La exención de las rentas puede doblarse en el caso de trabajadores casados que compartan vivienda con su cónyuge sin rentas. Para

	mes) y deducción de los gastos comunes. Duración máxima de 5 años.
Malta ¹¹⁸	Tipo proporcional del 15%.
Países Bajos ¹¹⁹	Exención del 30% de las rentas (mínimo 35.000 €) Duración máxima de 8 años (plazo reducido con el tiempo de residencia en los últimos 25 años).
Portugal ¹²⁰	Tipo proporcional del 20%. Acceso al método de exención para corregir la doble imposición internacional. Duración máxima de 10 años.
Reino Unido ¹²¹	Exención de los gastos de traslado y viaje. Reglas especiales en relación al domicilio que permiten tributar únicamente por las rentas remitidas al Reino Unido.
Suecia ¹²²	Exención del 25% de la renta. Duración máxima de 3 años. Renta mínima de aprox. 10.000 € al mes.

Fuente: Elaboración propia a partir de *European Tax Handbook 2012*

más detalles sobre esta reforma véase: ESTAGERIE, P. J., "Introduction of an Expatriate Regime for Highly Skilled Employees", *European Taxation*, Vol. 51, núm. 7, 2011, págs. 319-321.

¹¹⁸ El pequeño archipiélago se ha convertido en el mayor paraíso para los expatriados. No solo los trabajadores, también aquellos que obtengan un permiso de residencia pueden optar al citado régimen del 15%. Incluso, si importan inversiones o servicios de seguros pueden obtener una exención hasta un determinado nivel de sus beneficios. Además, los nuevos residentes pueden solicitar una actualización del valor de los activos adquiridos con anterioridad a su traslado.

¹¹⁹ Quedan excluidos del régimen aquellos trabajadores que hubieran residido a menos de 150 kilómetros de la frontera durante 16 de los últimos 24 meses. Las condiciones del régimen se han endurecido desde el 1 de enero de 2012. Un pormenorizado análisis del régimen vigente con anterioridad lo encontramos en: EIKELBERG, A., "Taxation of Expatriates from the Perspective of Tax Competition", *op. cit.*, págs. 9 y ss.

¹²⁰ En vigor desde el 1 de enero de 2009 hasta el año 2020. No pueden acogerse al mismo personas que residieran en Portugal los 5 años anteriores y deben desarrollar actividades científicas o técnicas.

¹²¹ Este régimen resulta especialmente complejo para aquellos que permanecemos ajenos a los principios del *Common law*, principalmente en relación al domicilio. Para un examen detallado de estas cuestiones, nadie mejor que la propia Administración tributaria británica: HM Revenue & Customs, *Residence, domicile and the remittance basis*, HMRC6. Pendiente de actualización a los cambios legislativos para los ejercicios 2012-2013.

¹²² Desde el 1 de enero de 2012 el régimen anterior se ha endurecido. No podrán acceder al mismo personas que hayan residido en Suecia en los 5 años anteriores y cuya intención sea residir en Suecia por más de 5 años. Los trabajadores deben estar empleados en puestos directivos, requerir alta cualificación profesional o en campos de investigación con dificultades para encontrar trabajadores en Suecia.

Sin entrar a valorar el atractivo potencial de un régimen u otro¹²³ o revisar los mismos desde un punto de vista crítico¹²⁴, sí que resulta evidente que la pervivencia de estos esquemas en el seno de la UE causan una distorsión muy severa sobre el mercado de trabajo¹²⁵. Como ya vaticinaba muy acertadamente LODIN, se ha llegado al absurdo de que los Estados importan “talento” a través de sus regímenes de impatriados a la vez que lo exportan por la acción de los regímenes de otros Estados miembros¹²⁶. No obstante, hay que advertir que la crisis económica ha intensificado la presión social contra el trato privilegiado a las rentas más altas y ha conducido a muchos Estados miembros a endurecer el acceso a los mismos¹²⁷.

¹²³ En los Estados en que se practica una exención, el efecto es claro. Sin embargo, los efectos pueden ser aún mayores en los Estados que aplican un tipo proporcional sobre las rentas, al estilo de los *flat tax*. En España y Portugal, por ejemplo, que aplican tipos proporcionales del 24 y el 20% respectivamente, ya observamos en un gráfico anterior que la tributación efectiva sobre las rentas del trabajo puede fácilmente doblar estas cifras.

¹²⁴ Es criticable, por ejemplo, que algunos de estos regímenes tengan un largo periodo de aplicación, cinco años o más, cuando los principales gastos que pretenden compensar se concentran en los primeros dos o tres del traslado. Del mismo modo, no resulta proporcional ofrecer una exención a tanto alzado de las rentas para compensar posibles gastos, dado que se beneficia fundamentalmente a los contribuyentes que percibirán mayores salarios. En aras de la neutralidad es más lógico concretar aquellos gastos que serán deducibles. Aplicar directamente un tipo proporcional rompe totalmente el vínculo con estos gastos y quiebra de forma arbitraria los principios más básicos de justicia tributaria como la progresividad o la capacidad económica.

¹²⁵ Así se ha constatado en relación al mercado de futbolistas: se contratan jugadores foráneos preferentemente porque gracias al régimen fiscal a los clubes les salen más económico que los jugadores nacionales. Véase: KLEBEN, H. J., LANDAIS, C. y SAEZ, E. “Taxation and International Migration of Superstars: Evidence from the European Football Market”, *op. cit.*, pág. 29. Otro trabajo con la emigración desde Finlandia como referente apuntaba a que el factor fiscal no era clave en la salida de trabajadores altamente cualificados, pues estos se desplazaban a Estados miembros en los que también existía una elevada presión fiscal. Sin embargo, este estudio solo tuvo en cuenta el tipo impositivo sobre un trabajador residente en el Estado de recepción. En adelante, tenemos que tener presente que Estados como Suecia, España o Reino Unido ofrecen regímenes de impatriados ventajosos que pueden justificar la atracción a pesar de contar con estructuras tributarias similares. Véase: PIRTTILÄ, J., “Is international labour mobility a threat to the Welfare State? Evidence from Finland in the 1990s”, *Finish Economic Papers*, Vol. 17, núm. 1, 2004, págs. 18-34.

¹²⁶ LODIN, S., “What ought to be taxed and what can be taxed: a new international dilemma”, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, Vol. 54, núm. 5, 2000, pág. 213. Este hecho se ha constatado con cifras en el estudio sobre el mercado de fútbol europeo, aunque los jugadores comunitarios suelen mostrar una escasa movilidad hacia otras ligas. Véase: KLEBEN, H. J., LANDAIS, C. y SAEZ, E. “Taxation and International Migration of Superstars: Evidence from the European Football Market”, *NBER Working Papers*, núm. 16545, 2010, pág. 29.

¹²⁷ Así ha sucedido, por ejemplo, en España, Suecia o Países Bajos.

4.3.3 El encaje de los regímenes de impatriados con el Derecho de la UE

En principio, estos regímenes entrarían dentro del espectro de soberanía de los Estados, libres para discriminar inversamente, en contra de los propios nacionales o residentes¹²⁸. Sin embargo, es cierto que desde el momento en que estos “impatriados” forman parte del coste de la masa salarial de una empresa, los regímenes privilegiados orientados a su atracción están beneficiando a las empresas que los contratarán, pues estas suelen asumir los costes fiscales de un salario neto. Por tanto, resulta inevitable que nos cuestionemos si estos regímenes pueden constituir ayudas de Estado¹²⁹.

¹²⁸ En este sentido, la discriminación por razón de la nacionalidad y por razón de la residencia reciben un trato similar. Recordamos que conforme a la jurisprudencia del TJUE, “las normas sobre igualdad de trato del Tratado (actual artículo 12 TFUE), no sólo prohíben las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación conduzca de hecho al mismo resultado”. Véase: la STJUE de 12 de febrero de 1974, *Sotgiu*, asunto 152/73, apartado 11 o, en el mismo sentido, la STJUE de 8 de mayo de 1990, *Biehl*, asunto C-175/88, apartado 13. Por tanto, respecto a ambas se admite esta discriminación inversa.

¹²⁹ Aunque analizaremos con más detalle el régimen de ayudas de Estado en el capítulo siguiente, resulta necesario que en este punto hagamos referencia a los cuatro criterios que señala Comisión en su Comunicación de 1998 para entender que una medida fiscal pudiera ser calificada como ayuda de Estado:

- 1) la medida debe ofrecer a sus beneficiarios una ventaja que aligere las cargas que, por regla general, gravan su presupuesto.
- 2) la ventaja debe ser concedida por el Estado o mediante fondos estatales. Una disminución de los ingresos fiscales equivale al consumo de fondos estatales en forma de gastos fiscales.
- 3) dicha medida debe afectar a la competencia y los intercambios entre los Estados miembros.
- 4) la medida debe ser específica o selectiva en el sentido de favorecer a «determinadas empresas o producciones». Este carácter de ventaja selectiva puede ser resultado de una excepción a las disposiciones fiscales de naturaleza legislativa, reglamentaria o administrativa, como también de una práctica discrecional por parte de la administración fiscal. Véase: *Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas*, de 10 de diciembre de 1998, 98/C 384/03.

EIKELENBERG se ocupa con cierto detenimiento de esta cuestión¹³⁰ y su principal conclusión, tras analizar los regímenes de varios Estados miembros, es que el criterio de la selectividad sería determinante para calificar las diferentes medidas como ayudas de Estado incompatibles con el TFUE. Por ejemplo, considera selectivos los regímenes de Bélgica y Austria por la discrecionalidad de la Administración para su aplicación. Igualmente, también considera selectiva la aplicación exclusiva a científicos o altos directos vigente en Italia o Suecia.

No obstante, aunque la vinculación pueda parecer clara, no creemos que el instrumento de las ayudas de Estado se vaya a emplear contra estas medidas. En primer lugar, consideramos que la selectividad debe concurrir en sede de la sociedad, no en sede de dichos trabajadores. Es decir, no es selectiva desde el punto de vista del artículo 107.1 una medida que se aplique únicamente a determinados trabajadores, sino solo aquella que favorezca, en los términos empleados por el TFUE “a determinadas empresas o producciones”¹³¹.

Todo lo más, aunque lo consideramos ciertamente forzado, se podría emplear el argumento de que solo las grandes empresas pueden beneficiarse de este régimen, pues son las únicas que pueden potencialmente ofrecer las

¹³⁰EIKELENBERG, A., “Taxation of Expatriates from the Perspective of Tax Competition”, *op. cit.*, págs. 41-47.

¹³¹Otro factor a tener en cuenta sería el importe de dichas ayudas, ya que la Comisión excluye de la aplicación del régimen de ayudas de Estado aquellas que no superen los 200.000 euros en un periodo de tres ejercicios fiscales, las denominadas ayudas de *minimis*. Este umbral está recogido actualmente en el *Reglamento núm. 1998/2006 de la Comisión de 15 de diciembre de 2006 relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas de minimis* y responde a la lógica de no perseguir aquellas medidas que por su escasa entidad económica, no cumplan realmente con uno de los criterios definidos en la Comunicación de 1998, el de “afectar a la competencia y los intercambios entre los Estados miembros”. Hay que tener presente, eso sí, que esta excepción solamente “se aplicará a la ayuda cuyo equivalente bruto de subvención pueda calcularse previamente con precisión sin necesidad de efectuar una evaluación del riesgo”, las denominadas “ayudas transparentes” (artículo 2.4 del Reglamento). Supuestamente, en un caso como este el umbral de 200.000 euros debería valorarse en sede de la empresa, atendiendo al diferencial de impuestos que deja de asumir cuando contrata a un trabajador conforme al régimen de impatriados. Al margen de nuestras dudas respecto al empleo del régimen de ayudas de Estado en este asunto y superando la calificación de ayuda transparente, los elevados sueldos de estos trabajadores (y el hecho de que normalmente las empresas no contratarán solo a uno) puede provocar fácilmente que se superase este umbral. Para un examen más detallado de esta excepción nos remitimos a: ESTOA PÉREZ, A. “Las Ayudas de *minimis* en el Derecho comunitario”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, número 27, 2007, págs. 623-636.

condiciones salariales y profesionales para atraer estos trabajadores. En todo caso, sin un mayor consenso que lo legitime, no vemos factible expandir tanto la interpretación de los criterios para la aplicación del régimen de ayudas de Estado. En el fondo, la supuesta ventaja que obtiene la empresa está basada en la práctica habitual, la costumbre, de asumir los impuestos de los impatriados. Sin embargo, el principio de indisponibilidad de la obligación tributaria¹³² nos recuerda que el ciudadano sigue siendo el único obligado en calidad de contribuyente por las rentas obtenidas. Por tanto, el primer requisito para calificar una medida como ayuda de Estado (que la medida ofrezca a sus beneficiarios una ventaja que aligere las cargas que, por regla general, gravan su presupuesto) no se cumpliría, ya que la norma jurídica no exige que las empresas asuman, por regla general, esta carga fiscal.

En último extremo, resolver el conflicto generado por esta manifiesta competencia fiscal entre los Estados miembros requiere de algún acuerdo que sitúe estos regímenes bajo la supervisión de un instrumento de coordinación en materia de imposición directa. Obviamente, por su citada influencia (aunque indirecta) en la fiscalidad de las empresas (y, por tanto, en la localización de sus actividades) el Código de Conducta parece ser el vehículo ideal. Sin embargo, como ya criticó PINTO, estos regímenes, a pesar de que ya se observó que podían tener efectos equivalentes a otras medidas estatales sobre la competencia fiscal, fueron excluidos de la versión final del *Código de Conducta sobre fiscalidad de las empresas* por la presión de algunos Estados que consideraban su inclusión una intromisión en su soberanía en materia de imposición directa¹³³.

¹³² En España se recoge expresamente en el artículo 17.5 de la LGT:

“Los elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas”.

En Italia, en cambio, el principio no recibe plasmación legal, aunque su contenido se deriva del art. 23 de la Costituzione en materia de reserva de ley en materia tributaria:

“Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge”.

¹³³PINTO. C., “EU and OECD to Fight Harmful Tax Competition: Has the Right Path Been Undertaken?”, *Intertax*, Vol. 26, núm. 12, pág. 392.

En el año 2012 la Comisión, sin embargo, ha mantenido su empeño en que los Estados se comprometan a limitar estos regímenes y los ha señalado en el reciente *Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal*¹³⁴ como peligrosos para el buen funcionamiento del mercado interior y para la recaudación fiscal global.

Algunos autores son partidarios de que el Código de Conducta, tal cual está concebido, sea aplicado a estos regímenes¹³⁵. En nuestra opinión, sin embargo, teniendo presente que ya fueron expresamente excluidos de su versión final, el Código debería reformarse o ampliarse para poder ser el instrumento llamado a controlar estos regímenes. De hecho, lejos de contemplar cualquier posibilidad de armonización, consideramos que esta vía de coordinación actualizada (*un poco de chapa y pintura*) es el camino al que apunta la Comisión y el que, como veremos en el capítulo siguiente, ha adoptado el propio Grupo del Código de Conducta al ampliar, sin reformas a su texto original, el ámbito de sus trabajos. Aunque aún no se ha dado este paso, incluir esta materia en el campo de la coordinación sería el modo más inteligente para superar la reticencia de los Estados miembros y contemplar sus diversas preocupaciones y propuestas para compatibilizar un Estado de bienestar con sistemas de renta progresivos y la importación de profesionales cualificados¹³⁶.

¹³⁴ COM (2012) 722/2, pág. 8. “Debe también intensificarse el trabajo respecto de los regímenes fiscales especiales aplicables a los expatriados y a las personas ricas, que son perjudiciales para el buen funcionamiento del mercado interior y reducen la recaudación fiscal global”.

¹³⁵ En este sentido: AA.VV., “Expatriates”, en AA.VV., *Tax Competition*, Eucotax Wintercourse 2008, Corvinos University, Budapest, 2008, pág. 84 o EIKELENBERG, A., “Taxation of Expatriates from the Perspective of Tax Competition”, *op. cit.*, pág. 54.

¹³⁶ No queremos tampoco perder de vista el efecto regresivo de las cotizaciones sociales limitadas. Aunque es un ámbito que si está plenamente bajo la soberanía de los Estados debemos tenerlo en cuenta para valorar el verdadero atractivo de los diferentes regímenes.

4.4 Otras diferencias significativas: el impuesto sobre el patrimonio y el impuesto sobre sucesiones y donaciones

Aunque ya hemos analizado los dos factores fundamentales de la tributación sobre las personas físicas (impuestos sobre las rentas del capital e impuesto sobre las rentas del trabajo), debemos realizar algún tipo de mención, aunque sea limitada por el alcance de nuestro trabajo, a otros impuestos que pueden incidir sobre la decisión de deslocalización de las personas físicas.

Con carácter preliminar, aunque es una reflexión que ya ocupó el capítulo tercero, queremos recordar que la tributación sobre el consumo influye de manera decisiva sobre las personas físicas, dado que son las que soportan la repercusión de estos impuestos en último término. Sin embargo, la actual configuración de la tributación indirecta en la UE difícilmente podrá condicionar un desplazamiento definitivo a otro Estado miembro, aunque sí puede ser un factor más dentro de esta decisión. De hecho, los particulares, como ya indicamos en el capítulo anterior, tributan en origen por los bienes y servicios que adquieran en otros Estados miembros por lo que, sin necesidad de trasladar de manera permanente su residencia, pueden beneficiarse de los menores impuestos en otras jurisdicciones desplazándose físicamente a las mismas con carácter temporal, mediante la práctica de *cross-border shopping*.

4.4.2 Los impuestos sobre el patrimonio

En el ámbito de la tributación directa existen otras figuras tributarias que pueden influir en las decisiones de inversión y localización de las personas físicas. En primer lugar, queremos hacer mención a los impuestos que pueden gravar la titularidad del patrimonio neto, al margen

de otros tributos específicos sobre la titularidad de bienes concretos¹³⁷. En este campo no existe ninguna norma armonizadora, por lo que es plenamente competencia estatal adoptar un sistema de imposición patrimonial. Después de haber sido una figura impositiva muy extendida entre los Estados miembros, en las últimas décadas se ha producido un progresivo desmantelamiento de estos impuestos sobre el patrimonio¹³⁸ hasta el punto de que, en estos momentos, solo está vigente en dos Estados miembros: Francia¹³⁹ y España, aunque en este último, por ahora, con carácter temporal para los ejercicios 2011-2013¹⁴⁰

Sin entrar a valorar la pertinencia de este tributo, sí queremos señalar que aunque su ámbito de actuación es muy limitado, su capacidad recaudatoria no es desdeñable¹⁴¹. La vinculación por obligación real (por el

¹³⁷ Como aclara ARRIBAS LEÓN: "Existen, por una parte, tributos que gravan elementos concretos y particulares de riqueza, como los bienes inmuebles o los vehículos; y, por otra, impuestos globales sobre el patrimonio neto de las personas físicas (...) que someten a gravamen la riqueza total del sujeto". Véase: ARRIBAS LEÓN, M., "La renuncia a la imposición patrimonial", en AA.VV., *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, Relator General: Adriano Di Pietro, CEF, Madrid, 2010, pág. 101.

¹³⁸ Se ha derogado en Irlanda (1978), Austria (1994), Dinamarca (1997), Alemania (1997), Países Bajos (2001), Luxemburgo (2006), Finlandia (2006) y Suecia (2007). Véase: *Ibidem*, págs. 102-104.

¹³⁹ *Impôt de solidarité sur la fortune* (ISF). Este impuesto, en vigor desde 1989, grava el patrimonio neto de personas físicas residentes y no residente, que tendrán obligación de declarar cuando su patrimonio neto sea superior en el año 2013 a 1.300.000 euros. Los tipos de progresivos para el año 2013 oscilan desde el 0,55% al 1,8% anual, aunque existe un mínimo exento de 800.000 euros.

¹⁴⁰ *Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio*. Este impuesto fue bonificado al 100% por medio de la *Ley 2/2008 de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009* aunque fue nuevamente activado por el *Real Decreto-ley 13/2011, de 16 de septiembre, por el que se restablece el Impuesto sobre el Patrimonio, con carácter temporal*. En principio, como indica el propio Real Decreto-ley el impuesto pasa a tener carácter temporal, en concreto los ejercicios 2011 y 2012, y el mínimo exento se eleva hasta los 700.000 euros, con tipos entre el 0,2 y el 2,5%, aunque pueden ser modificados por las CC.AA. Para un análisis más detallado de estos vaivenes legislativos véase: ARRIBAS LEÓN, M., "El impuesto sobre el patrimonio en España", *Nueva fiscalidad*, núm. 2, 2012, págs. 9-57 o CAYÓN GALIARDO, A. M., "La recuperación del Impuesto sobre el Patrimonio", *Revista Técnica Tributaria*, núm. 95, 2011, págs. 11-24. En la reciente *Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica* (artículo 10) se ha prorrogado la vigencia del Impuesto sobre el Patrimonio durante 2013 prorrogando la entrada en vigor de la bonificación general del 100 por ciento de la cuota íntegra hasta el 1 de enero de 2014.

¹⁴¹ En Francia, se estima una recaudación para 2013 de 7.200 millones de euros. Véase: PAPELL, A., *El futuro de la socialdemocracia*, Akal, Madrid, 2012, pág. 238. En España, tras su rehabilitación, se espera una recaudación potencial de 1.080 millones de euros. Sin embargo, el mantenimiento de la bonificación del 100% en la Comunidad de Madrid,

patrimonio ubicado en el territorio del Estado) impide que se pueda eludir su pago mediante la deslocalización, ya que seguirían gravadas, por ejemplo, las propiedades inmobiliarias¹⁴². El principal problema de mantener estos regímenes, sin embargo, es que inciden sobre sujetos con una movilidad muy alta que suelen obtener una elevada cifra de rentas sobre el capital. El potencial efecto expulsión de este gravamen puede tener, por tanto, consecuencias muy superiores a su propia incidencia recaudatoria. De hecho Francia, uno de los dos únicos Estados que mantiene este impuesto en 2013, está en el ojo del huracán por el exilio masivo de grandes contribuyentes a otros Estados miembros. En este sentido, la Corte Constitucional francesa ha apaciguado en cierto modo los ánimos de estas grandes fortunas al declarar el 29 de diciembre de 2012 la inconstitucionalidad del tipo excepcional del 75% sobre las rentas superiores a 1 millón de euros que pretendía aplicar el gobierno francés para 2013¹⁴³.

4.4.2 Los impuestos sobre sucesiones y donaciones

Otro impuesto directo que no se encuentra armonizado en la UE y que puede generar importantes distorsiones es el impuesto sobre sucesiones y/o donaciones. Como ha hecho ver HERMOSÍN ÁLVAREZ¹⁴⁴, aparte de las manifiestas divergencias en el plano netamente civil¹⁴⁵, existe una gran

las Islas Baleares y la Comunidad Valenciana han reducido la recaudación efectiva del ejercicio 2011 a 581,4 millones de euros. Véase: “Madrid, Baleares y Valencia renuncian a 444 millones del impuesto de patrimonio”, *Cinco Días*, 5 de septiembre de 2012.

¹⁴² En un sentido similar pero a la inversa, las acciones y activos más móviles suelen estar exentos si se articulan en grandes participaciones, por lo que no tributarán independientemente del lugar de residencia.

¹⁴³ Véase apartado 2.2.2 de este mismo capítulo para mayores referencias a este exilio de ciudadanos franceses a otros Estados miembros.

¹⁴⁴ Véase: HERMOSÍN ÁLVAREZ, M., “Los problemas de la imposición sobre sucesiones y donaciones”, en AA.VV., *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, Relator General: Adriano Di Pietro, CEF, Madrid, 2010, págs. 114-116.

¹⁴⁵ El problema de los puntos de conexión para determinar la legislación aplicable a la sucesión en el plano civil (nacionalidad del causante, residencia en el momento del fallecimiento, domicilio en el concepto del *Common law*, libertad para elegir el ordenamiento aplicable, etc.) tiene su reflejo también en la legislación tributaria. Algunos Estados gravan conforme a un

pluralidad de regímenes fiscales entre los Estados miembros que generan importantes problemas de doble imposición y discriminación¹⁴⁶. De hecho, la propia Comisión publicó el 15 de diciembre de 2011 una Comunicación con el título *Tackling cross-border inheritance tax obstacles within the EU*, COM (2011) 864 final¹⁴⁷, con el objetivo de coordinar soluciones (lejos de proponer cualquier tipo de armonización) que puedan limitar los claros obstáculos a la libre circulación que la colisión entre ordenamientos genera.

Respecto a la doble imposición, por ejemplo, la Comisión propone una suerte de jurisdicciones prioritarias de modo tal que los Estados se comprometan a ofrecer una deducción fiscal sobre bienes o derechos que ya hayan sido gravados por otro Estado con un vínculo más estrecho con la sucesión¹⁴⁸.

Para actuar contra la discriminación, la Comisión publicó una guía de principios derivados de la jurisprudencia comunitaria que tendría en cuenta para iniciar procedimientos de infracción contra aquellos regímenes de los Estados miembros que los incumplan, particularmente cuando otorguen un trato diferente a una situación interna respecto a una situación con elementos transfronterizos¹⁴⁹. Este activismo de la Comisión y del TJUE queda

criterio de conexión real (ubicación de los bienes y derechos), otros conforme a un criterio personal (lugar de residencia del causante o del heredero) o incluso los dos. En último extremo, varios Estados pueden, bajo sus respectivas normativas, encontrarse en posición de gravar los bienes de la herencia.

¹⁴⁶ Aparte, conviven Estados que no tienen actualmente en vigor ningún impuesto sobre las sucesiones y donaciones con otros que aplican tipos progresivos que pueden alcanzar cifras realmente confiscatorias, como sucede en España, en que para extraños sin parentesco y patrimonio superior a 4 millones de euros puede elevarse hasta el 81,6%.

¹⁴⁷ Esta comunicación iba acompañada también de una Recomendación (2011/856/EU) *regarding relief for double taxation of inheritances* y de un documento de trabajo de la Comisión con el título: *Non-discriminatory inheritance tax systems: principles drawn from EU case-law*, SEC(2011) 1488 final. Estos documentos están en estrecha conexión con la perspectiva civil de las sucesiones, un asunto en el que sí se han mostrado avances significativos como el Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, *relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo*.

¹⁴⁸ Véase el apartado 4 de la Recomendación (2011/856/EU). Por ejemplo, en favor del Estado donde un inmueble o los bienes de un establecimiento permanente estén ubicados o en favor del Estado respecto al cual el causante tuviera vínculos más estrechos (en detrimento del Estado respecto al cual los tenga el heredero).

¹⁴⁹ Véase: *Non-discriminatory inheritance tax systems: principles drawn from EU case-law*, SEC(2011) 1488 final, apartado 3.

demostrado si atendemos al número Estados miembros con procedimientos de infracción abiertos al cierre de este trabajo en relación a estos impuestos sobre sucesiones o donaciones, nada menos que cinco¹⁵⁰.

La casuística fruto de la interacción entre los diferentes ordenamientos civiles y tributarios es tan variada que se requiere un análisis caso por caso para poder dilucidar los efectos concretos de cada sucesión, el fenómeno más complejo. La imposibilidad de abordar esta cuestión con la profundidad necesaria nos impide valorar las posibilidades reales de arbitraje fiscal en este impuesto¹⁵¹. Sin embargo, en todos los supuestos en que existe complejidad normativa los ciudadanos con más recursos son los que resultan finalmente beneficiados. Por tanto, creemos firmemente en los beneficios que puede aportar este proceso de coordinación a nivel comunitario.

La voluntad de avanzar en el campo de las sucesiones transfronterizas se ha hecho patente con la aprobación del Reglamento (UE) núm. 650/2012, que pretende solucionar algunas de los mayores problemas de la colisión de diversos ordenamientos comunitarios¹⁵². Sin embargo, en el mismo artículo 1.1 se excluyen de modo expreso las cuestiones fiscales. No obstante, algunos de los principios que inserta en el ordenamiento comunitario (posibilidad de

¹⁵⁰ En concreto, España: IN 2004/4090; Alemania: IN 2008/4534; Bélgica: IN/2008/4777; Países Bajos: IN 2008/2139 y Reino Unido: IN 2010/2111.

¹⁵¹ En España, por ejemplo, la *Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones* recoge en sus artículos 6 y 7 dos criterios diferentes de conexión en función de si el contribuyente (heredero persona física) tiene o no su residencia en España. En caso de que sea residente en España, el criterio de conexión del impuesto en el ámbito interno es la residencia del causante, la cual determinará la normativa autonómica de aplicación. A efectos del ISD, esta Comunidad será aquella en la que el causante haya permanecido un mayor número de días en los cinco años anteriores a la fecha del devengo (art. 28.1.1. b) de la *Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias*). En cambio, si el heredero no es residente en España este quedará sujeto al impuesto por obligación real y será de aplicación la normativa estatal, correspondiendo también al Estado el producto recaudatorio. Esta doble conexión que excluye a las Comunidades Autónomas de los supuestos de sujeción al ISD por obligación real llevan a RAMOS PRIETO a afirmar que la cesión de este impuesto “debe ser calificada como parcial”. Véase: RAMOS PRIETO, J., “Algunos aspectos problemáticos en la atribución del rendimiento de un impuesto cedido: las adquisiciones mortis causa gravadas por el impuestos sobre sucesiones y donaciones”, en AA.VV., *El debate sobre el sistema de financiación autonómica (XX aniversario del Estatuto de Autonomía para Andalucía)*, director: Javier Lasarte, coordinadores: Francisco Adame Martín y Jesús Ramos Prieto, Comares, Granada, 2003, pág. 771.

¹⁵² Reglamento (UE) núm. 650/2012.

elección de la ley aplicable a la sucesión, por ejemplo) dibujan un nuevo escenario que requerirá de una vigilancia permanente por nuestra parte.

5. CONCLUSIONES

El objetivo principal de este capítulo ha sido ofrecer un análisis sistemático de la presencia de nichos de competencia fiscal en la tributación de las personas físicas. De este modo, aplicando el esquema desarrollado en el capítulo segundo, hemos realizado un recorrido por los diferentes factores que condicionan las posibilidades de arbitraje fiscal por parte de los ciudadanos. En este caso, hemos identificado que las posibilidades de arbitraje fiscal estarán especialmente vinculadas a la movilidad selectiva de los individuos y de sus bases, así como a las diferencias de tributación entre Estados miembros, tanto a través de regímenes concretos, como por medio de los elementos macro del sistema (los tipos impositivos, el tratamiento de la doble imposición o el intercambio de información). Estas diferencias, como ya advertimos, pueden estar impulsadas por los propios Estados miembros, conscientes de que pueden promover la realización de arbitraje fiscal por los ciudadanos con destino a sus jurisdicciones, hecho que les reportará beneficios bajo una serie de condiciones. Hecho esta breve *riassunto*, estas son las principales conclusiones de nuestro estudio:

1. Los *flat tax*, ¿un enemigo sobrevalorado?

Lejos de los temores iniciales, la aplicación casi generalizada de reducidos *flat tax* por parte de ocho de los NEM no ha desatado ningún proceso nuevo de competencia fiscal entre los Estados miembros. De hecho, ni siquiera han incentivado el traslado de ciudadanos desde otras jurisdicciones hacia estos Estados miembros. ¿Por qué?

En primer lugar, la movilidad de los trabajadores está más influenciada con carácter general por las posibilidades de encontrar un empleo y mejorar las condiciones de vida que por el factor fiscal. Además, estas economías resultan

aún poco atractivas para ciudadanos de otros Estados miembros y en las mismas falta el tejido empresarial necesario para impulsar esta importación de capital humano. A estos elementos, hay que añadir que consideramos cuestionable el afán competitivo de estas medidas en el plano de la emigración internacional. Incluso, creemos que están más orientadas a la competitividad general de las economías y a aflorar la economía sumergida que a atraer bases móviles desde otros Estados.

2. Los demás Estados miembros, de todos modos, conocían sus propios puntos débiles y han sabido fortificar sus defensas. De este modo, han proliferado dos medidas que quiebran el clásico esquema progresivo de tributación personal. Las manifestaciones de renta beneficiadas son las más móviles: las rentas del capital y el factor trabajo altamente cualificado.

Uno de los motivos que han contribuido a que la amenaza de los *flat tax* no se materializara ha sido que los demás Estados miembros contaban en sus ordenamientos con medidas que reducían el atractivo de estos. ¿Cómo? Simplemente limitando la progresividad de sus propios sistemas fiscales en relación a dos de los campos de mayor movilidad en la fiscalidad de las personas físicas: las rentas del capital y el factor trabajo altamente cualificado. De este modo, la mayoría del resto de Estados miembros han aprobado un sistema de *dual income tax* que ofrece un esquema de tributación independiente para las rentas del capital a tipos proporcionales o más reducidos. Igualmente, son varios los Estados que habilitan un régimen especial para los trabajadores impatriados, ofreciéndoles condiciones ventajosas para reducir el impacto de sus escalas progresivas de gravamen. Unas escalas que, como ya hemos visto, elevan considerablemente la tributación efectiva que soportan los trabajadores que obtienen rentas muy altas en contraposición a los *flat tax* en que este efecto es imperceptible (e incluso negativo si tenemos en cuenta la extendida regresividad de las cotizaciones sociales). El estudio realizado a lo largo de este capítulo nos lleva precisamente a identificar estos dos ámbitos (fiscalidad de los trabajadores transfronterizos y rentas del capital) como los dos principales nichos de

competencia fiscal a nivel de la UE en relación a la fiscalidad directa de las personas físicas.

3. Los regímenes especiales de trabajadores impatriados o cómo el dinero mueve montañas.

En el caso de los regímenes sobre trabajadores impatriados se aprecian todas las circunstancias que incentivan la práctica de arbitraje fiscal por los ciudadanos. En primer lugar, estos trabajadores de alta cualificación son los que tienen un mayor índice de movilidad, pues obtienen rentas que pueden compensar sobradamente los gastos sociales o económicos de cualquier cambio de residencia (*el dinero mueve montañas*). Un cambio de residencia que determinará, en principio, que todas sus rentas queden sujetas a imposición en el nuevo Estado de residencia conforme al criterio de renta mundial. Uno de las ventajas más extendidas de estos regímenes de impatriados es permitir temporalmente la inaplicación de este principio de renta mundial, por lo que los impatriados tributarán en el nuevo Estado de residencia únicamente por las rentas obtenidas en él.

Además, aunque se haya demostrado empíricamente que son las empresas las que asumen los diferenciales de impuestos entre Estados miembros cuando pretenden atraer a estos ciudadanos, resulta evidente que a menores impuestos, mayores podrán ser los sueldos que les ofrezcan (factor al que tenemos que incorporar la regresividad de las cotizaciones sociales en algunos Estados miembros), por lo que estas diferencias de tributación potencian la atracción de trabajadores con elevados ingresos. No obstante, tenemos que volver a reconocer que existen otros elementos en la ecuación de un cambio de residencia, cuestión evidente si observamos la escasa capacidad de atracción de un Estado como Bulgaria, con un *flat tax* de solo el 10%. Este hecho demuestra que el impulso fiscal que supone un régimen especial de impatriados (por ejemplo con una exención parcial de rentas o un tipo reducido,) únicamente alentará el arbitraje fiscal hacia aquellos Estados que ya reúnan las demás condiciones para atraer esta mano de obra.

4. ¿Por qué casi todos los Estados se han apresurado entonces a aprobar su propia Ley Beckham? Pues porque, a salvo de cuestiones “menores” en relación a los principios de justicia tributaria, igualdad, no discriminación, etc., todo son ventajas.

Los Estados miembros, en definitiva, tienen casi todos los incentivos apuntados en el capítulo segundo para crear regímenes especiales que les permitan atraer el arbitraje fiscal de los ciudadanos, iniciando dinámicas de competencia fiscal. En primer lugar, al ofrecerse únicamente a residentes de otros Estados, la recaudación interna no se resiente porque está aislada de estas ventajas (un efecto de *ring-fencing*, recordemos que vetado por el Código de Conducta). El traslado de estos trabajadores permitirá además aumentar la recaudación por la sujeción al poder tributario del Estado de unos ciudadanos que por su cómoda posición económica (*self-welfare*) apenas requieren de servicios públicos. Paralelamente, aparte del ahorro económico indirecto para las empresas (que en la práctica asumen la factura fiscal de los trabajadores impatriados al ofrecerles condiciones netas de trabajo), estos trabajadores cualificados aportan a la economía en su conjunto una mayor productividad, su *know how* e incluso publicidad (en el caso de deportistas). En definitiva, todos los ingredientes para que se inicie una dinámica de competencia fiscal, sobre todo teniendo en cuenta que esta forma de discriminación inversa no encuentra ningún freno dentro del Derecho de la Unión. En último término, de hecho, solo las presiones políticas internas (aquellas *domestic constraints* que señalamos en el lejano capítulo primero) han impuesto cierta medida a esta dinámica.

Por nuestra parte, aunque consideramos legítimos los intereses estatales, estimamos que estos regímenes especiales, cuando superan la estricta compensación de gastos, cruzan la línea roja de la competencia fiscal perjudicial (no hablemos ya del ataque a los principios más elementales de justicia tributaria). Sin embargo, la dificultad para coordinar soluciones en este ámbito es evidente dada la disparidad de intereses entre los Estados miembros (constatada en su exclusión de la primera versión del Código de Conducta). Aunque los últimos documentos de la Comisión apuntan a la posibilidad de reabrir el debate respecto al control sobre estas medidas, solo concebimos una solución en el marco de una negociación a varias bandas, con varios asuntos

sobre la mesa, en la que cada Estado para poder ganar tenga que saber perder.

5. El motivo real para crear un sistema de tributación dual no es la competencia directa de los *flat tax*, sino el intento por reducir los incentivos de los propios residentes para evitar que adopten políticas de planificación agresivas. Es decir, el enemigo está en casa.

Las diferencias de tributación entre los Estados miembros no son significativas por la aplicación casi unánime de *dual income tax* en los Estados de la UE-15. Sin embargo, el verdadero riesgo de unos tipos elevados no está en el *gap* respecto a otros Estados, sino en el incentivo que suponen unos tipos altos para que algunos ciudadanos emprendan una planificación fiscal más agresiva y pasen a jugar al borde del fuera de juego, de la delgada línea que separa elusión y evasión fiscal. Por tanto, el riesgo no estriba en que un ciudadano se traslade a otro Estado miembro para disfrutar de un régimen más ventajoso sobre las rentas del capital, sino en que exprima la movilidad de estas rentas para mejorar su tributación sin necesidad de cambiar de residencia, es decir, desde casa (o desde el despacho de un buen asesor). Cada Estado, por tanto, compite contra sí mismo.

6. El arbitraje fiscal en las rentas del capital, tan fácil como hacer clic (salvo que los Estados pongan remedio...si quieren).

La situación de las rentas del capital es más compleja desde un punto de vista técnico. Sin embargo, sí se han producido avances a nivel comunitario para reducir las posibilidades de arbitraje fiscal. En primer lugar, resulta obvio que es la manifestación de renta más móvil. Emplazar una inversión o un depósito en otro Estado miembro no requiere el traslado físico como sucede con las rentas del trabajo, sino simplemente un clic. Aunque el principio de renta mundial dificultaría eludir la tributación en el Estado de residencia, incluso respecto a inversiones realizadas en otros Estados, hemos observado a lo largo del capítulo algunos de los

instrumentos que acaban empleando los grandes inversores para esquivar esta regla. Las sociedades interpuestas, las lagunas de la Directiva del ahorro, la exención de retención en la fuente sobre los dividendos, etc., son ingredientes que con una inteligente planificación pueden superar las dispares normas antiabuso de los Estados miembros.

vDe hecho, como ha hecho ver la Comisión en su última COM (2012) 722/2, el nivel de protección de la UE contra estas prácticas se *igual a por abajo*. Es decir, al nivel del Estado que sea más laxo en su aplicación de cara al exterior (pues entre los propios Estados miembros el TJUE ya ha advertido del escaso espacio para todo tipo de medidas antiabuso). ¿Qué incentivos tienen los Estados para ser más *benévolos*? En otras palabras, ¿por qué algunos Estados se aprovechan de las posibilidades de arbitraje fiscal en este campo y compiten por atraer las rentas del capital?

7. Sin instrumentos coactivos que equilibren el juego de fuerzas en la UE existen demasiados incentivos para que un Estado boicotee la aplicación del criterio de renta mundial y cualquier intento por alcanzar la neutralidad en la exportación de capitales (CEN).

De nuevo encontramos en este caso un gran número de factores que incentivan que los Estados miembros se desvíen del *level playing field* y se comporten de forma desleal para atraer estas rentas. En primer lugar, son perfectamente conocidas las ventajas de un sector financiero desarrollado como motor de una economía. Por otro lado, algunas de las medidas solo resultan de aplicación sobre inversores extranjeros (como la renuncia a practicar una retención en la fuente sobre los dividendos), lo que aísla a la economía nacional de sus efectos. Además, no existen importantes costes asociados a estas manifestaciones de renta, no exigen infraestructuras, no consumen servicios, *igual que vienen se van*. Finalmente, el Derecho comunitario se encuentra con serios obstáculos para poner freno a estas actitudes. La paralización de la necesaria reforma de la Directiva del ahorro es el mejor ejemplo. No existe mayor evidencia de competencia fiscal que bloquear un acuerdo que promueve la transparencia en los mercados

financieros comunitarios para garantizar la tributación en el Estado de residencia del inversor. No queremos señalar, el lector es libre para juzgar.

Por todos los motivos expuestos estaremos muy atentos a la nueva línea de trabajo marcada por la Comisión en sus más recientes Recomendaciones de 6 de diciembre de 2012. En las mismas abre nuevos frentes para coordinar soluciones en temas tan esenciales como las cláusulas antiabuso o la doble no imposición a través de CDI. En este ámbito de la fiscalidad personal propone un nuevo impulso para las cuestiones pendientes: extensión del Código de conducta a los regímenes de impatriados, reforma de la Directiva del ahorro, etc. La preocupación de las instituciones comunitarias corrobora el hecho que dio origen a este capítulo: también en el ámbito de las personas físicas la competencia fiscal *c'è e si vede*.

Capítulo quinto

La fiscalidad societaria.

Últimos avances en materia de competencia fiscal perjudicial.

Código de Conducta y ayudas de Estado

“Competition has been shown to be useful up to a certain point and no further, but cooperation, which is the thing we must strive for today, begins where competition leaves off”

Franklin D. Roosevelt - 32º Presidente de los EE.UU.

Speech at the People's Forum in Troy, Nueva York, 3/3/1912

SUMARIO: 1. DELIMITACIÓN DE LOS OBJETIVOS.- 2. EL CÓDIGO DE CONDUCTA SOBRE FISCALIDAD DE LAS EMPRESAS: UN ANÁLISIS ACTUALIZADO.- 2.1. Enfoque del estudio: evolución de los trabajos del Código de Conducta desde.- 2.2. Resumen de los aspectos fundamentales del Código.- 2.3. El proceso de desmantelamiento y los trabajos del Grupo previos a 2006.- 2.4. El informe de mayo de.- 2.4.1. Continuación con la vigilancia de los compromisos de *rollback* y *standstill*.- 2.4.2. Ampliar el ámbito de trabajo del Código de Conducta.- 2.4.3. Funcionamiento interno del Código y los criterios para considerar una medida “perjudicial”.- 2.4.4. Clarificación de la relación con el régimen de Ayudas de Estado.- 2.5. Informes 2006-2012: la evolución del Código de Conducta.- 2.5.1. La continuación de los trabajos en 2006.- 2.5.2. El año 2007.- 2.5.3. El año 2008.- 2.5.4. El año 2009.- 2.5.5. El año 2010.- 2.5.6. El año 2011.- 2.5.7. El año 2012.- 2.6. Presente y futuro del Código de Conducta: una herramienta renovada contra la competencia fiscal perjudicial.- 3. EL RÉGIMEN DE CONTROL DE LAS AYUDAS DE ESTADO.- 3.1.- La

noción de ayuda de Estado.- 3.2.- La selectividad y el beneficio económico: dos criterios en uno.- 3.3. La concesión mediante fondos estatales.- 3.4.- La distorsión a la competencia y la afectación a los intercambios comunitarios.- 3.5.- La excepción (de la selectividad) por “la naturaleza o economía del sistema fiscal”.- 3.6. La conexión entre el Código de Conducta y el régimen de ayudas de Estado.- 3.7.- Los límites intrínsecos del artículo 107.1 TFUE.- 4. CONCLUSIONES.

1. DELIMITACIÓN DE LOS OBJETIVOS

Como hemos advertido en varias ocasiones, este trabajo sobre la competencia fiscal en la UE resulta un tanto atípico por cuanto hemos dado un trato residual a la fiscalidad de las sociedades, verdadero germen de la competencia fiscal y principal preocupación de los Estados, de las instituciones internacionales y, paralelamente, de la doctrina. Los motivos para adoptar este enfoque ya los explicamos en la introducción a esta investigación. Sin embargo, debemos reconocer el papel capital de la fiscalidad societaria en la construcción y también en el futuro de la competencia fiscal, tanto por su influencia directa en la localización empresarial, como por seguir siendo el principal foco de distorsión para el equilibrio de los mercados a nivel nacional, comunitario e internacional. Resulta muy posible, por tanto, que en próximas líneas de investigación compensemos el escaso peso conferido en este trabajo con un análisis más pausado y profundo sobre esta vertiente clave de la fiscalidad comunitaria.

En definitiva, la atención prestada a la fiscalidad indirecta y a las personas físicas nos obliga a ser más concisos en este último capítulo. Aun así, siguiendo los pasos de la doctrina en este campo, resulta obligatorio hacer una mención expresa a los dos instrumentos que han marcado los tiempos de la lucha contra la denominada *competencia fiscal perjudicial*: el Código de Conducta sobre fiscalidad de las empresas y el régimen de ayudas de Estado. No obstante, dado que existen múltiples trabajos que se han ocupado de estas materias con anterioridad, nuestro objetivo será actualizar su examen y valorar si siguen siendo, 15 años después del comienzo de la batalla contra la

competencia fiscal perjudicial, los medios adecuados para hacer frente al carácter global y cambiante de este fenómeno.

De este modo, nos vemos obligados a posponer para próximas investigaciones otras cuestiones de máximo interés y actualidad en el campo de la fiscalidad empresarial. En primer lugar, destacamos la necesidad de abordar en un futuro próximo la evolución paralela de los trabajos en el seno de la OCDE¹. Aunque en los últimos años la organización internacional se haya centrado de manera especial en la lucha contra los paraísos fiscales, no por ello ha cesado su actividad en otros ámbitos, con propuestas que pueden complementar los esfuerzos de la UE como el documento de marzo de 2012 *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax policy and Compliance Issues*, que advierte de los riesgos de la doble no imposición.

En un sentido similar, debemos aplazar el interesante examen de las conexiones de la UE y del régimen de ayudas de Estado con los acuerdos

¹ Al respecto existen numerosos trabajos que, junto con los documentos oficiales de la propia OCDE, serán clave en el desarrollo de cualquier futura investigación, en orden de aparición señalamos: EASSON, A. J., "Harmful Tax Competition: The EU and OECD responses compared", *EC Tax Journal*, Vol. 3, núm. 1, 1998, págs. 1-16; MELO, G. M., "Taxation in the Global Arena: Preventing the Erosion of National Tax Bases or Impinging on Territorial Sovereignty (A Critique of the OECD's Report: Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue)", *Pace International Law Review* Vol. 12, núm. 7, 2000, págs. 1-28; MALDONADO GARCÍA-VERDUGO, A. "Ejercicios sobre competencia fiscal perjudicial en el seno de la Unión Europea y de la OCDE: semejanzas y diferencias", *Crónica Tributaria*, núm. 97, 2001, págs. 37-60; de la misma autora: "Nueva posición de la OCDE en materia de paraísos fiscales", *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 1, 2002; OCCHIUTO, P., "Concorrenza fiscale dannosa» in ambito OCSE e collegamenti con il diritto tributario interno", *Corriere Tributario*, núm. 25, 2002, págs. 2227 y ss.; BONARELLI, P., "Il nuovo rapporto OCSE in materia di concorrenza fiscale dannosa", *Fiscalità Internazionale*, núm. 3, 2004, págs. 255 y ss.; PINTO, C., *Tax Competition and EU Law*, Amsterdam, Kluwer Law International, 2003, págs. 268-289; D'ALFONSO, G., "Evoluzione delle inchieste OCSE sulla concorrenza fiscale dannosa", *Il Fisco*, núm. 32, 2004, págs. 5003 y ss.; EASSON, A. J., "Harmful tax competition: an evaluation of the OECD initiative", *Tax Notes International*, Vol. 34, núm. 10, 2004, págs. 1037-1077; WEBB, M., "Defining the boundaries of legitimate state practice: norms, transnational actors and the OECD's project on harmful tax competition", *Review of International Political Economy*, 2004, Vol. 11, núm. 4, págs. 787-827; D'ALFONSO, G., "Regimi fiscali agevolati: verso un progressivo adeguamento?", *Amministrazione e Finanza*, núm. 20, 2006, págs. 15 y ss.; VALLEJO CHAMORRO, J. M. "La competencia fiscal perniciosa en el seno de la OCDE y la Unión Europea", *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, núm. 825, 2005, págs. 147-160; MARTÍN LÓPEZ, J., *Competencia fiscal perjudicial y Ayudas de Estado en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 62-113; ABERY, E., "The OECD and harmful tax practices", *Tax Notes International*, Vol. 46, núm. 8, 2007, págs. 823-851; D'ALFONSO, G., "In Europea migliora la cooperazione fiscale", *Amministrazione e Finanza*, núm. 7, 2008, págs. 17 y ss.; FUXA, D., "Lo scambio di informazioni e i regimi fiscali dannosi : recenti sviluppi in ambito OCSE", *Fiscalità Internazionale*, Vol. 6, núm. 3, 2008, págs. 202-210; LAMPREAVE MÁRQUEZ, P., "Medidas adoptadas por la OCDE para paliar la competencia fiscal y la evasión fiscal", *Gaceta Fiscal*, núm. 303, 2010.

multilaterales en sede de la OMC y con el control sobre los subsidios y las ayudas fiscales que esta organización propugna².

Por otro lado, tampoco entraremos a valorar el ambicioso proyecto de la Base Imponible Consolidada Común del impuesto sobre sociedades (BICCIS o CCCTB, por sus siglas en inglés)³. Resulta evidente que cualquier avance en este ámbito (bien sea en forma una Directiva, bien mediante cualquier forma de cooperación reforzada) supondrá un hito en la escasa armonización del impuesto sobre sociedades⁴. Sin embargo, los propios límites de la propuesta (carácter voluntario para los grupos multinacionales y no armonización de tipos), el estado de parálisis de su tramitación y la existencia de problemas de mayor calado, entre los que identificamos las posibilidades de arbitraje fiscal que los ordenamientos siguen concediendo a las multinacionales, nos hacen

² En la doctrina española destacamos el pionero trabajo de IBÁÑEZ MARSILLA (S.): “La competencia fiscal perniciosa ante la OMC. Reflexiones al hilo del asunto de las Foreign Sales Corporations”, *Crónica Tributaria*, núm. 113, 2004, págs. 65-106. El profesor MARTÍNEZ GINER se ha ocupado más recientemente de estas conexiones en sendos trabajos: MARTÍNEZ GINER, L. A., “Competencia fiscal y organización mundial del comercio: las medidas fiscales específicas en el acuerdo de subvenciones y medidas compensatorias”, *Civitas. Revista española de derecho financiero*, núm. 147, 2010, págs. 737-781 y “El régimen de subsidios en la OMC y las ayudas de estado en la UE: similitudes y divergencias”, *Revista de información fiscal*, núm. 103, 2011, págs. 31-55. A nivel internacional destacamos los trabajos de LUJA (R. H. C.): “WTO Agreements versus the EC Fiscal Aid Regime”, *Intertax*, Vol. 27, núm. 6-7, 1999, págs. 207-225 y “Should fiscal state aid go global?”, *EC Tax Review*, núm. 5, 2007, págs. 231-235. Así mismo resulta destacable la obra colectiva: *The relevance of WTO Law for Tax Matters*, directoras: Judith Herdin-Winter e Ines Hofbauer, Linde, Viena, 2006; en la que encontramos aportaciones como: LU, L., “WTO-Compatibility of Harmful Tax Practices”, págs. 391-408 o ADAME, L., “State Aid Rules Vs. Subsidies and Countervailing Measures”, págs. 359-374.

³ *Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCIS)*, de 16 de marzo de 2011, COM (2011) 121 final.

⁴ La doctrina se ha volcado en esta materia desde el momento en que comenzó a hablarse de una posible propuesta de BICCIS. De hecho el calado de la cuestión ha trasladado el debate también a las más altas esferas políticas de los diferentes Estados. La dificultad para alcanzar un acuerdo de todos los Estados miembros, sin embargo, nos hace albergar pocas esperanzas en la aprobación de una Directiva. No obstante, en caso de superar estos obstáculos políticos, la ingente labor doctrinal permitirá que cualquier proyecto futuro parta con un profundo estudio técnico previo. Entre dichos trabajos destacamos dos monografías colectivas: AA.VV., *Common Consolidated Corporate Tax Base*, directores: Michael Lang y otros, Linde, Munich, 2008 y AA.VV., *A common consolidated corporate tax base for Europe*, directores: Wolfgang Schön y otros, Springer, Berlín, 2008. Aparte, la más reciente monografía: WEBBER, D., *CCCTB: selected issues*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012. En la doctrina española destacamos las numerosas y acertadas aportaciones contenidas en la obra colectiva: AA.VV., *Encuentro de Derecho Financiero y Tributario (1ª ed.) “Desafíos de la Hacienda pública española” (2ª parte). La reforma del Impuesto sobre Sociedades*, coordinadora: Cristina García-Herrera Blanco, Instituto de Estudios Fiscales, 2012.

dudar acerca de la rentabilidad de los recursos y esfuerzos empleados en un examen más profundo de esta materia.

Finalmente, hemos de reconocer nuestro deseo de afrontar en el futuro el análisis de los esquemas de planificación fiscal internacional de las multinacionales. El gran proyecto de construcción europea y, permítannos el pesimismo, el futuro del Estado del bienestar, seguirán en peligro mientras la UE no tenga instrumentos que permitan una imposición más efectiva de las actividades y beneficios generados en su seno. No nos perdamos en debates superfluos ni en proyectos de ahorro de costes. Estados como Irlanda, Luxemburgo o los Países Bajos, amparados bajo la protección de los instrumentos de integración económica de la UE y las libertades comunitarias, son parte fundamental de las principales estructuras de traslación de beneficios hacia jurisdicciones de menor tributación⁵. Homogeneizar medidas antiabuso, revisar las políticas de precios de transferencia, coordinar los CDI, etc. Si la UE no avanza en estas líneas, cualquier esfuerzo adicional solicitado a los propios ciudadanos o incluso a Estados terceros, estará deslegitimado *ab initio*.

Delimitado el objeto de este último capítulo, pasamos a revisar los trabajos más recientes del Código de Conducta.

⁵ Uno de los ejemplos más habituales es el conocido como “*Double Irish With a Dutch Sandwich*”, una estructura de planificación que emplea filiales irlandesas (una de las cuáles se controla desde un paraíso fiscal y conforme a las reglas de residencia irlandesas tributará en el mismo) y holandesas que interactúan entre sí para permitir el trasvase de beneficios de algunas de las empresas más importantes del mundo (Apple o Google, entre ellas) hacia jurisdicciones de tributación mínima o nula. Véanse, dentro de la doctrina: DARBY, J. B. y LEMASTER, K., “Double Irish More than Doubles the Tax Saving: Hybrid Structure Reduces Irish, U. S. and Worldwide Taxation”, *Tax Strategies*, Vol. 11, núm. 9, págs. 2 y 11-16; FALCÓN Y TELLA, R., “Las estructuras de «doble irlandesa» (Double Irish)”, *Quincena Fiscal*, núm. 22, 2010, págs. 7-11; SANDELL, J., “The Double Irish and the Dutch sandwich : how some U.S. companies are flummoxing the tax code”, *Tax Notes International*, Vol. 67, núm. 9, 2012, págs. 867-878. La reducción de la tributación efectiva sobre los beneficios obtenidos en Europa por estas grandes empresas a cifras cercanas al 5% es tan lacerante que ha saltado a los grandes diarios generalistas: “How Apple Sidesteps Billions in Taxes”, *The New York Times*, 28 de abril de 2012; “Google da esquinazo al fisco otro año”, *El País*, 30 de enero de 2013. Para una mejor comprensión de este fenómeno recomendamos la visualización del video explicativo: “The Double Irish and Dutch Sandwich”, del canal de Youtube *TaxTv*.

2. EL CÓDIGO DE CONDUCTA SOBRE FISCALIDAD DE LAS EMPRESAS: UN ANÁLISIS ACTUALIZADO

2.1 Enfoque del estudio: evolución de los trabajos del Código de Conducta desde 2006

En el capítulo segundo analizamos con cierto detalle el proceso desde el “Primer Informe Monti” hasta la conclusión del “Paquete de lucha contra la competencia fiscal”⁶, el mejor ejemplo de la estrategia comunitaria de coordinación, con fructíferos resultados: las Directivas 2003/48/CE⁷ y 2003/49/CE⁸ y la aprobación del informe final del Grupo del Código de Conducta sobre fiscalidad de las empresas (el Grupo en adelante), con su lista de 66 medidas perjudiciales⁹. Este último instrumento ha sido el pilar, junto con el régimen de ayudas de Estado, de la lucha contra la competencia fiscal perjudicial en la UE. De hecho, como instrumento de *soft law* con el máximo apoyo, el Código de Conducta (en adelante, el Código) sirvió para legitimar un giro sustancial en la aplicación de las ayudas de Estado a las medidas fiscales¹⁰.

Desde aquel 1 de diciembre de 1997 en que se aprobó la primera versión del Código, aunque nunca han faltado voces críticas contra el empleo

⁶ Véase: apartado 5.3.3 y ss. del capítulo segundo.

⁷ *Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses*. Para un análisis de la relevancia de esta Directiva en relación a la competencia fiscal nos remitimos al apartado 5.3.5.1 del capítulo segundo.

⁸ *Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa al régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros*. La conexión de esta Directiva con la competencia fiscal fue analizada en el apartado 5.3.5.2 del capítulo segundo, al que nos remitimos.

⁹ *Report to the Ecofin Council on 29 November 1999*, SN 4901/99.

¹⁰ DOS SANTOS, A. C., “L’Union européenne et la regulation de la concurrence fiscal”, *op. cit.*, pág. 563.

de este instrumento¹¹, la doctrina ha sabido calibrar su importancia y se ha ocupado de sus principios, desarrollo y aplicación con extensión, exhaustividad y acierto¹².

¹¹ Entre los autores más críticos a los objetivos y funcionamiento del Código señalamos: ELLIS, M. J., "The Code of Conduct in 2000: Cracking the Code or coating the crack", *European Taxation*, Vol. 40, núm. 9, 2000, págs. 414-416; DIAWA, K.W. y GORTER, J. "The remedy may be worse than the disease. A critical account of the Code of Conduct", *CPB Discussion Paper*, núm. 5, 2002; NIJKAMP, H., "Landmark agreement on EU tax package: new guidelines stretch scope of EU Code of Conduct", *EC Tax Review*, 2002-1, págs. 147-154; RADAELLI, C. M., "The Code of Conduct against harmful tax competition: open method of coordination in disguise?", *Public Administration*, Vol. 81, núm. 3, 2003, págs. 513-531. En palabras de este último autor, por ejemplo: "The code does not score well in terms of transparency, inclusion of social actors and perhaps even legitimacy" (pág. 528).

¹² En un primer momento concebimos incluir en esta investigación un examen más exhaustivo de la evolución del Código de Conducta desde sus inicios. Sin embargo, hemos optado por centrarnos en sus trabajos más recientes, que apenas habían recibido atención por la doctrina. La bibliografía que cubre los años anteriores a nuestro trabajo es amplísima. Entre otros trabajos enumeramos: BAYONA GIMÉNEZ, J. J., "Avances en la armonización fiscal ante la implantación de la moneda única: propuesta de adopción de un código de conducta en el ámbito de la fiscalidad empresarial", *Quincena Fiscal*, núm. 21, 1997, págs. 49-54; PINTO, C., "EU and OECD to Fight Harmful Tax Competition: Has the Right Path Been Undertaken?", *Intertax*, Vol. 26, núm. 12, págs. 386-410; VALENTE, P. "Concorrenza fiscale «dannosa»: il rapporto provvisorio del Gruppo di lavoro «Codice di condotta» e le raccomandazioni OCSE", *Il Fisco*, núm. 23, 1999, págs. 7716 y ss.; BOBOKO MOICHE, S. "Código de conducta fiscal en el ámbito de las empresas: la armonización de la imposición directa en la UE", *Crónica Tributaria*, núm. 93, 2000, págs. 41-48; PARLY, F., "The Code of Conduct and the fight against harmful tax competition", *European taxation*, Vol. 40, núm. 9, 2000, págs. 406-409; BRATTON, W. W. y MCCAHERY, J. A., "Tax coordination and tax competition in the European Union: evaluating the Code of Conduct on business taxation", *Common Market Law Review*, núm. 38, 2001, págs. 677-718; MALDONADO GARCÍA-VERDUGO, A. "Ejercicios sobre competencia fiscal perjudicial en el seno de la Unión Europea y de la OCDE: semejanzas y diferencias", *Crónica Tributaria*, núm. 97, 2001, págs. 37-60; MALHERBE, J. y PARDO, Y., "Competencia fiscal prejudicial y paraísos fiscales", *Quincena Fiscal*, núm. 5, 2001, págs. 11-24; RUIBAL PEREIRA, L., "La compatibilidad de los regímenes fiscales privilegiados en la Unión Europea con los criterios contenidos en el Código de Conducta y las normas sobre ayudas de Estado", en AA.VV., *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, coordinadores: Maria Teresa Soler Roch y Fernando Serrano Antón, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002, págs. 207-238; MORS, M., "Tax competition in Europe - an EU perspective", en AAVV. *Tax Competition in Europe*, Coordinador: Wolfgang Schön, IBFD, Amsterdam, 2003, págs. 133-152; PINTO, C., "Tax Competition and EU Law", *op. cit.*, págs. 195-267; VALLEJO CHAMORRO, J. M. "La competencia fiscal perniciosa en el seno de la OCDE y la Unión Europea", *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, núm. 825, 2005, págs. 147-160; MAGRANER MORENO, F. y MARTÍN LÓPEZ, J., "Normativa comunitaria en ayudas de estado versus competencia fiscal perjudicial", *Cuadernos de integración europea*, Marzo 2006, págs. 111-121; MARTÍN LÓPEZ, J., "Competencia fiscal perjudicial y Ayudas de Estado en la Unión Europea", *op. cit.*, págs. 136 y ss.; VALENTE, P. y ALAGNA, C. "Concorrenza fiscale dannosa: profili comunitari e internazionali", *Commercio Internazionale*, núm. 20, 2007, págs. 36 y ss.; DOS SANTOS, A. C., "L'Union européenne et la regulation de la concurrence fiscale", *op. cit.*, 217-385; MAGRANER MORENO, F. J., *La coordinación del Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2009, págs. 73-81; LAMPREAVE VÁZQUEZ, P., *La Competencia Fiscal Desleal en los Estados Miembros de la Unión Europea*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 68 y ss; RUIBAL PEREIRA, L. y SERRANO ANTÓN, F., "La competencia fiscal lesiva en la Unión Europea. Código de Conducta y ayudas de Estado", en AA.VV., *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, Relator General: Adriano Di Pietro, CEF, Madrid, 2010, págs. 285-299.

Después del Informe de 1999 que señalaba las medidas perjudiciales (aprobado en 2003 con cesiones a algunos Estados en forma de regímenes transitorios)¹³ el Grupo retomó su papel al evaluar los sistemas fiscales de los NEM al hilo de la ampliación de la UE, tanto en 2003¹⁴ como en 2006¹⁵. Desde entonces, sin embargo, los trabajos del Código han permanecido bastante en la sombra.

El objetivo de este apartado no es reevaluar los éxitos pasados del Código, sino examinar su actividad y su transformación desde el año 2006 hasta nuestros días, haciendo visible su labor. Después de este análisis, el lector podrá entender por qué los últimos documentos de la Comisión vuelven a señalarlo como un foro de debate útil para afrontar los nuevos retos de la competencia fiscal¹⁶.

Antes de nada, creemos oportuno realizar una breve exposición de los principios básicos del Código. De este modo, tendremos los medios para entender el papel clave de la evaluación contenida en el primer informe de 2006, en el que tanto los Estados miembros como la Comisión expresaron su parecer respecto al futuro del Código de Conducta. Después de analizar este hito, examinaremos los sucesivos informes publicados en que se hacen constar los trabajos del Código hasta la fecha de cierre de esta investigación. En último término, expondremos una serie de ideas conclusivas, centrándonos en la evolución del rol del Grupo desde su creación y en su papel en las nuevas líneas de trabajo abiertas por la Comisión.

¹³ SN 4901/99, pág. 10, apartado 28.

¹⁴ Doc. 13213/03 ELARG 94, FISC 138, de 6 de octubre de 2003.

¹⁵ Doc. 10879/06 ELARG 66 FISC 96, de 11 de julio de 2006.

¹⁶ Véase: Comunicación: *Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal*, COM (2012) 722/2, apartado 10, págs. 7-8.

2.2 Resumen de los aspectos fundamentales del Código

El objetivo original del Código era eliminar las medidas de competencia fiscal perjudicial vigentes en los Estados miembros. Este concepto debe identificarse, como indica el Código, con todo tipo de medidas (legales, reglamentarias o administrativas) que influyan o puedan influir en la localización de la actividad empresarial¹⁷. Serán, además, potencialmente perjudiciales aquellas que “impliquen un nivel impositivo considerablemente inferior, incluido el tipo cero, al aplicado habitualmente en el Estado miembro de que se trate”¹⁸. En la evaluación del carácter pernicioso de las medidas, el Código de Conducta apunta a cinco criterios a tener en cuenta:

- 1) Que las ventajas se otorguen sólo a no residentes, o con respecto a las operaciones realizadas con no residentes.
- 2) Que las ventajas estén totalmente aisladas de la economía nacional, de manera que no afecten a la base fiscal nacional (*ring fencing*).
- 3) Que las ventajas se otorguen, aun cuando no exista ninguna actividad económica real, ni presencia económica sustancial, dentro del Estado miembro que ofrezca dichas ventajas fiscales.
- 4) Que las normas para determinar los beneficios derivados de las actividades internas de los grupos de empresas multinacionales no se ajusten a los principios internacionalmente reconocidos por la OCDE.
- 5) Que las medidas fiscales carezcan de transparencia y, en particular, que las disposiciones legales se apliquen con escaso rigor a nivel administrativo¹⁹.

¹⁷ Código de Conducta, Letra A.

¹⁸ Código de Conducta, Letra B. Este nivel impositivo inferior puede derivarse de cualquier elemento: el tipo, la base u otros factores.

¹⁹ La OCDE, en su célebre documento “Harmful tax competition: an emerging global issue”, también orientado a la lucha contra la competencia fiscal perjudicial, considera unos criterios similares para catalogar una medida como perjudicial:

- 1) Que se de una dualidad de tributación y las ventajas consistan en una baja tributación aplicada solo a los no residentes

Conforme a estos criterios, el Grupo²⁰ se encargó de elaborar durante dieciocho meses el conocido como “Informe Primarolo”²¹ con la evaluación de los sistemas fiscales de los Estados y territorios implicados, presentándolo al Consejo ECOFIN de 29 de noviembre de 1999. De las 271 medidas examinadas, 66 se identificaron como perjudiciales²². Cabe destacar que 23 de ellas correspondían a territorios dependientes o asociados de los Estados miembros²³.

La clave de bóveda del funcionamiento del Código residía en dos procesos paralelos para eliminar estas medidas fiscales perjudiciales del panorama de la UE²⁴. En primer lugar, los Estados aceptaban dismantelar aquellos regímenes señalados como perjudiciales por el Grupo, el conocido como proceso de *rollback*. Complementariamente, los Estados se comprometían a no establecer nuevas medidas fiscales perniciosas conforme a los criterios del Código: la cláusula de *standstill*. Para que este sistema

2) Que las ventajas confieran un aislamiento del régimen respecto a la actividad nacional. La estanqueidad, puede darse vía exclusión de sus ventajas a los residentes (lo que se conoce como principio de estanqueidad subjetiva), o limitación de su aplicabilidad para operaciones con no residentes (lo que se conoce como principio de estanqueidad objetiva).

3) Que se dé una falta de transparencia en el funcionamiento de dispositivos legales o administrativos o ausencia de intercambio de información, respecto a los sujetos pasivos que se benefician de tal régimen.

4) Que no se requiera que el operador ejerza una actividad económica real que sea sustancial para el país o territorio.

Véase: Informe de la OCDE: *Harmful tax competition: an emerging global issue*, París, 1998. Aprobado por el Consejo de la OCDE el 9 de abril de 1998 con la abstención de Luxemburgo y Suiza.

²⁰ Conclusiones del Consejo de 9 de marzo de 1998 sobre la creación del Grupo del código de conducta (fiscalidad de las empresas), 98/C 99/01.

²¹ SN 4901/99. Nombrado así en honor a su presidenta, Mrs. Primarolo, representante del Reino Unido.

²² Las medidas se clasificaron para su examen en seis grupos: servicios financieros, financiación de grupo y pago de *royalties*; seguro, reaseguro y seguros cautivos; servicios intra-grupo; sociedades *holding*; sociedades exentas y *off shore*; y medidas misceláneas.

²³ Llegados a este punto, no realizaremos una enumeración de todas las medidas calificadas como perjudiciales (disponibles en el propio Informe) ni entraremos a analizar el razonamiento que llevó a la inclusión de una determinada medida y no de otra. Un análisis detallado de las medidas catalogadas como perniciosas en relación a las entidades *holding*, los centros de coordinación y los servicios financieros y de financiación de grupo los encontramos en: LAMPREAVE VÁZQUEZ, P., “La Competencia Fiscal Desleal en los Estados Miembros de la Unión Europea”, *op. cit.*, págs. 147 y ss. En el mismo sentido: AKERSTED, H., “Sociedades Holding y otras entidades con trato fiscal preferente en el contexto de la competencia fiscal”, *Revista de la economía social y de la empresa*, núm. 52, 2008, págs. 61-87.

²⁴ Código de Conducta, Letras C y D.

funcionara, los Estados miembros acordaron suministrarse recíprocamente información sobre medidas vigentes o pendientes de adopción que pudieran entrar en conflicto con el Código²⁵. De este modo, después de realizar el informe final sobre esta primera evaluación, las funciones del Grupo han sido controlar el citado proceso de *rollback* y continuar revisando el cumplimiento de la cláusula de *standstill* por todos los Estados y territorios implicados.

Nadie discute que el Código era un instrumento netamente político. Por ello resultó crucial para dotarlo de fuerza jurídica que la Comisión²⁶ se comprometiera a la rigurosa aplicación de la normativa en materia de ayudas de Estado cuando las medidas perniciosas, como ayudas de índole fiscal, pudieran ser perseguidas por este procedimiento. La importancia de extender este régimen al Código de Conducta, para la cual la Comisión incluso publicó una Comunicación²⁷, ha sido destacada de forma unánime por la doctrina²⁸. La vinculación con un régimen jurídicamente vinculante, bajo el amparo directo del Tribunal de Justicia y plenamente consolidado en la Unión, supuso un espaldarazo para un instrumento de *soft law* como el Código de Conducta, cargado de buenas intenciones y de un relativo consenso, pero sin instrumentos coercitivos para su defensa.

²⁵ Código de Conducta, Letras E y F.

²⁶ Código de Conducta, Letra J.

²⁷ *Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas*, de 10 de diciembre de 1998, 98/C 384/03.

²⁸ En el apartado siguiente analizaremos brevemente algunas de las cuestiones fundamentales en relación a la aplicación del régimen de ayudas de Estado al ámbito fiscal e incluiremos una breve reflexión respecto a su conexión con el Código de Conducta. En este punto les remitimos a algunos trabajos que han fijado su atención en esta relación: FLORINDO GIJÓN, F. “El Código de conducta sobre fiscalidad de las empresas y su relación con el régimen Comunitario de control de las ayudas estatales”, *Crónica Tributaria*, núm. 109, 2003, págs. 101-118; LAMADRID DE PABLO, A., “El código de conducta en materia de fiscalidad de las empresas y su relación con el régimen comunitario de ayudas de estado”, *Documento de trabajo* (Universidad CEU-San Pablo, Instituto de Estudios Europeos), Serie Unión Europea; 3-2005; KIEKEBELD, B. J., *Harmful tax competition in the European Union*, Wolters Kluwer, 2006, págs. 78-85; MARTÍN LÓPEZ, J., “Competencia fiscal perjudicial y Ayudas de Estado en la Unión Europea”, *op. cit.*, págs. 136 y ss.; DOS SANTOS, A. C., “L’Union européenne et la regulation de la concurrence fiscal”, *op. cit.*, págs. 545-587; MALVÁREZ PASCUAL, L., “La compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea de las medidas tributarias destinadas a favorecer la competitividad de las empresas españolas en el marco de un modelo de economía sostenible”, en AA.VV., *Encuentro de Derecho Financiero y Tributario (1ª ed.) “Desafíos de la Hacienda pública española” (2ª parte). La reforma del Impuesto sobre Sociedades*, coordinadora: Cristina García-Herrera Blanco, Instituto de Estudios Fiscales, 2012, págs. 149-166.

Por último, queremos hacer mención también al ámbito territorial de aplicación del Código. Como ha hecho ver la Comisión en sus más recientes documentos, la lucha contra la competencia fiscal perjudicial no puede ser efectiva sin la implicación de otros Estados y territorios, sin hacer de la causa un combate global. Por ello, entre la batería de medidas que propone²⁹, se incluye la propuesta de extender los criterios de evaluación del Código a otros Estados y territorios especialmente cercanos, por ejemplo Suiza y Liechtenstein. En el momento de elaboración del Código ya se era consciente de que uno de los principales focos de competencia fiscal eran los territorios dependientes o asociados a algunos Estados miembros, fundamentalmente a Gran Bretaña, los Países Bajos y Francia. En principio, estos territorios no son parte integrante de la UE y no han ratificado el Tratado (y por tanto, no les resulta de aplicación el régimen de ayudas de Estado), sin embargo, gozan generalmente de CDI muy beneficiosos que les permiten ser lugares preferentes de localización de capitales y empresas. Uno de los mayores logros del Código fue obtener el compromiso de los Estados miembros para velar por el cumplimiento de sus principios en dichos territorios³⁰.

Antes de pasar a analizar la evolución del Código a raíz del crucial informe de mayo de 2006, queremos hacer un breve repaso del proceso de desmantelamiento de las medidas y de los trabajos previos a dicha fecha, único modo en que entenderemos la relevancia de su contenido.

2.3 El proceso de desmantelamiento y los trabajos del Grupo previos a 2006

Respecto al proceso de desmantelamiento o *rollback*, la oposición de países como Bélgica, Holanda e Irlanda a la calificación como perjudicial de algunas de sus medidas obligó (por el retraso que suponía y con el objetivo de

²⁹ Reforma de los CDI, adopción de normas de buena gobernanza, compromisos en el ámbito de la tributación del ahorro, intercambio de información, etc. Véase: COM (2012) 722/2.

³⁰ Por desgracia, el propio Código se hubo de hacer eco de los límites que imponen, en no pocas ocasiones, sus respectivas disposiciones constitucionales. Código de Conducta, Letra M.

alcanzar un acuerdo) a una importante flexibilización del proceso de desmantelamiento, cuya fecha límite inicial era el 1 de enero de 2003³¹.

La parálisis inicial de este proceso negociador se hizo patente en el informe de situación presentando por el Grupo al Consejo el 26 de noviembre de 2002³², en el que se apreciaba un estancamiento en el desmantelamiento de las medidas. En respuesta al mismo, el Consejo ECOFIN, inicialmente en su reunión de Bruselas del 21 de enero de 2003³³ y finalmente en la reunión de Luxemburgo de 3 de junio de 2003³⁴ (conjuntamente con las otras dos Directivas del “paquete fiscal”), previó la ampliación del plazo hasta el 1 de enero de 2004 a la par que reconocía, en un gesto hacia los países reticentes, un plazo especial para algunas medidas³⁵. Adicionalmente, a 11 regímenes de territorios asociados o dependientes, con el fin de fomentar su desmantelamiento y a cambio de impedir el acceso a nuevos sujetos, se les permitió mantener su vigencia, en algunos casos, hasta el año 2019.

Acordados los plazos para las medidas de *rollback* de los Estados miembros, el Código mantenía la función de vigilar la adecuación de las medidas estatales a los principios del Código. En primer lugar, hubo de evaluar las medidas y cambios planteados por los Estados para sustituir o corregir las calificadas como perjudiciales, unas medidas que quedaron por entero convalidadas en el propio Consejo ECOFIN de 3 de junio de 2003³⁶.

³¹ Consejo ECOFIN de Bruselas, 26 y 27 de diciembre de 2000. El Consejo podría en determinados supuestos ampliar hasta el 31 de diciembre de 2005 el proceso de desmantelamiento.

³² SN 14812/02. El propio Código de Conducta en su Letra H ya exigía la existencia de estos informes periódicos del Grupo al Consejo.

³³ Sesión núm. 2480 del Consejo ECOFIN en Bruselas, 21 de enero de 2003, pág. 27. Documento 5506/03 (Presse 15).

³⁴ Sesión núm. 2513 del Consejo ECOFIN en Bruselas, 3 de junio de 2003, págs. 20-21. Documento 9844/03 (Presse 149).

³⁵ Hasta el 31 de diciembre de 2010: Bélgica (Centro de Coordinación), Irlanda (Ingresos procedentes del extranjero), Luxemburgo (Sociedades *holding* con arreglo a la Ley de 1929) y Países Bajos (Financiación internacional). Hasta el 31 de diciembre de 2011: Portugal (Zona franca de Madeira).

³⁶ El Consejo “Toma nota de que el Grupo Código de Conducta ha comparado las medidas revisadas o sustitutivas propuestas de los Estados miembros y de los territorios dependientes o asociados que figuran en el Anexo C del doc. SN 4901/99 (...) y considera que ninguna de ellas es contraria al contenido del código”. Documento 9844/03, pág. 20

Posteriormente, le correspondió evaluar por completo los sistemas de los doce Estados incorporados a la Unión Europea desde entonces³⁷.

En el caso de los primeros diez NEM, el Grupo evaluó 52 medidas en un nuevo documento de seguimiento de octubre de 2003³⁸, calificando 30 de ellas como perniciosas. La adaptación o eliminación de estas medidas se consideró adecuada por el Consejo³⁹, constituyendo en su momento un criterio favorable dentro de los compromisos para la adhesión de los nuevos Estados miembros, obligados en todo caso a asumir las obligaciones propias del ya nombrado “paquete fiscal”. Posteriormente, el 11 de julio de 2006 el Consejo aprobó el informe correspondiente a la adhesión de Bulgaria y Rumanía⁴⁰, en el que se señalaban otras 8 medidas perjudiciales.

Como conclusión a este pequeño repaso podemos considerar que el proceso de desmantelamiento de las medidas originariamente calificadas como perniciosas ha sido un éxito. Un éxito de la estrategia de coordinación que ha superado problemas que no tenían respuesta en los instrumentos institucionalizados de la Unión. Aunque es cierto que nunca llueve a gusto de todos, los trabajos del Código hasta 2006 gozaron del apoyo casi unánime de los Estados. Sin embargo, este año supuso un punto de inflexión en el futuro del Código. Tanto los Estados como la Comisión tuvieron que hacer frente a la pregunta de qué hacer con este proyecto cuyo mandato parecía agotarse. El informe de mayo de 2006 es crucial para entender la evolución de los trabajos del Código hasta nuestros días.

³⁷ La ampliación a la actual Unión Europea de 27 se realizó en dos fases, una primera el 1 de mayo de 2004 en que se incorporaron 10 nuevos miembros; Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, República Checa, Hungría, Eslovaquia, Eslovenia, Malta y Chipre; posteriormente el 1 de enero de 2007, se incorporaron Rumania y Bulgaria.

³⁸ Doc. 13213/03.

³⁹ Sesión núm. 2532 del Consejo en Luxemburgo, 13 de octubre de 2003, pág. 6. Documento 13098/03 (Presse 291).

⁴⁰ Doc. 10879/06.

2.4 El informe de mayo de 2006⁴¹

En el año 2006 el Grupo afrontó sus tres primeras reuniones bajo la presidencia austriaca. En estas reuniones, aparte de plantearse las habituales cuestiones en relación al proceso de *rollback*⁴² y *standstill*⁴³, se discutió acerca del futuro de los trabajos del Grupo. El informe trasladado al Consejo recogió la posición pública del mismo Grupo, de varios Estados e incluso de la Comisión. A continuación, exponemos un breve resumen de las opiniones vertidas en las principales áreas de debate:

2.4.1 Continuación con la vigilancia de los compromisos de *rollback* y *standstill*

Existía un consenso más o menos generalizado respecto al éxito de los trabajos del Código hasta entonces⁴⁴. Sin embargo, varios Estados (entre ellos España, los Países Bajos o Polonia) y la propia Comisión eran partidarios de limitar las reuniones del Grupo de Alto Nivel para dejar paso a un perfil más técnico, siempre que el trabajo se limitara a controlar el proceso de *rollback* y el compromiso de *standstill*⁴⁵. El trasfondo de estas propuestas, en cambio, era diferente. Mientras que España o la Comisión apuntaban a la necesidad de

⁴¹ *Report: Code of Conduct, Group of Business Taxation to ECOFIN Council*, 7 de junio de 2006, Doc. 9655/06 LIMITE FISC 73.

⁴² Doc. 9655/06, apartados 10-16. Entre otras medidas, se constató la eliminación de regímenes señalados en Bélgica, Países Bajos, Aruba, Jersey y la Isla de Man. En cambio, se exigió la eliminación del régimen gibraltareño de las sociedades exentas y de dos regímenes de Malta.

⁴³ De las cuatro medidas sometidas a un nuevo examen una correspondía a Polonia (cambios en la regulación de las Zonas Económicas Especiales) y tres a Eslovenia.

⁴⁴ Así lo expresaron la mayoría de los Estados antes de exponer su visión respecto al futuro del Código. La Comisión, en concreto, se felicitaba por los obstáculos superados y consideraba que el Código había conducido a “more transparency, cooperation and fair tax competition within the EU”. Incluso, llega a calificar los resultados del Código como parte del acervo comunitario, que debía ser respetado por los nuevos Estados miembros y Estados terceros en sus relaciones con la UE. Véase: Doc. 9655/06, Anexo, pág. 37.

⁴⁵ La Comisión, eso sí, advertía que si se adoptaban compromisos que ampliaran el espectro de actuación del Código a nuevos ámbitos sería necesario mantener el perfil político de los enviados nacionales. Chipre, por su parte, apuntaba a la utilidad de que se mantuviera el alto nivel en la representación de los Estados.

reducir las reuniones políticas a los asuntos imprescindibles, los Países Bajos proponían poner punto y final a la labor del Código de Conducta, limitando sus funciones a cuestiones meramente técnicas. Según el Estado neerlandés, los instrumentos de *soft law*, por su alto contenido político, no contribuían a la creación de un *level playing field* en la UE, meta que únicamente podría alcanzarse mediante un acuerdo legislativo sobre unos estándares comunes mínimos⁴⁶. En último extremo, criticaban, el Código perjudicaba la competitividad interna de la UE con el exterior, especialmente la de los Estados miembros de menor tamaño⁴⁷.

2.4.2 Ampliación del ámbito de trabajo del Código de Conducta

Esta era una de las principales cuestiones a debate. Tras haber cumplido el mandato inicial de evaluar los sistemas fiscales de los Estados miembros, aún quedaban muchas cuestiones pendientes en conexión con la fiscalidad de las empresas que podían constituir formas de competencia fiscal perjudicial. ¿Qué espacios de riesgos denunciaron los Estados? ¿Podía el Código entrar de oficio a valorarlos?

En primer lugar, hay que señalar que los Estados con políticas más agresivas en el campo de la fiscalidad empresarial se oponían frontalmente a la ampliación de los trabajos del Código, entre ellos: Bélgica, Irlanda, los Países Bajos y Estonia⁴⁸. En cambio, otros muchos Estados veían una clara oportunidad para su expansión, tanto material como geográficamente. Austria, por ejemplo, advertía de la necesidad de controlar los regímenes ventajosos de

⁴⁶ La posición de los Países Bajos se puede consultar en las págs. 19 y ss. del Doc. 9655/06. Estos estándares mínimos son también apoyados por Polonia.

⁴⁷ En palabras concretas de la representación de los Países Bajos: “the Group has chosen an approach that may inadvertently have lead to a weakening of the EU economy. The Group has offered no alternative, and by doing so has left third countries to profit”.

⁴⁸ En concreto, el representante belga se cuestionaba, en vista de los avances en materia de ayudas de Estado, que podrían crearse duplicidades: “whether further work by the Follow-up Group is still indispensable at this juncture. Belgium believes it is not and that in any case if - contrary to our opinion - the Group were to be maintained, the frequency of its meetings should be considerably reduced”. Véase: Doc. 9655/06, pág. 11.

tributación de los ingresos pasivos (intereses, dividendos y cánones) y proponía la adopción de unas guías mínimas. Alemania, por su parte, insistía en la necesidad de reconocer el carácter pernicioso de los regímenes de impatriados⁴⁹. En este sentido también se pronunció Portugal, que adelantó otras dos cuestiones que ocupan hoy el debate de las instituciones comunitarias: ampliar la influencia geográfica del Código a terceros países y controlar las medidas que pueden provocar doble no imposición⁵⁰.

Faltaba por conocer la posición de la Comisión, clave si tenemos en cuenta su poder de iniciativa en la UE. Pues bien, en primer lugar consideró que ampliar el ámbito de actuación a nuevos campos relacionados con la fiscalidad empresarial no exigiría, en principio, realizar cambios en el Código⁵¹. De hecho, la Comisión proponía una cierta flexibilidad que permitiera dar respuesta a medidas estatales contrarias al espíritu del Código pero que, en un sentido literal, estarían en principio fuera de su alcance. Aparte de poner el foco sobre los propios regímenes de impatriados, la Comisión advertía que desde la aprobación del Código se habían desarrollado nuevas formas de competencia como los instrumentos híbridos, mientras que otras habían continuado evolucionando al estar en permanente mutación, como las prácticas administrativas arbitrarias o *rulings*. Finalmente, en lo que responde al alcance geográfico del Código⁵², la Comisión admitía que para evitar un efecto huida hacia territorios terceros era necesario que los principios del mismo fueran incluidos en las relaciones de la UE con terceros países, condicionando de este modo la adopción de acuerdos económicos y comerciales al respeto a estas reglas de juego.

⁴⁹ Si recordamos el apartado 4.3 de capítulo cuarto relativo a los regímenes especiales de impatriados, Alemania era uno de los pocos Estados de la UE-15 que no había aprobado ninguna medida fiscal específica para atraer capital humano foráneo.

⁵⁰ Asuntos todos ellos señalados como prioritarios por la reciente COM (2012) 722/2, apartado 10, con la rúbrica "*Mejoras en el ámbito de las prácticas perjudiciales en materia de fiscalidad de las empresas y ámbitos afines*". España, por su parte, compartió la necesidad de ampliar el alcance geográfico del Código y apuntó al intercambio de información y a los precios de transferencia como dos sectores clave.

⁵¹ Doc. 9655/06, Anexo, pág. 42.

⁵² Doc. 9655/06, Anexo, pág. 45.

2.4.3 Funcionamiento interno del Código y los criterios para considerar una medida “perjudicial”

Entre los problemas a que se enfrentaba el Código se encontraba la propia ampliación de la UE a 27 Estados miembros, cuestión que dificultaba el proceso de toma de decisiones en su seno. En este sentido, tanto la Comisión como los Estados miembros eran partidarios de aclarar el funcionamiento de las mayorías en el seno del Grupo, a la par que proponían permitir que los Estados que se opusieran a una determinada decisión pudieran hacer constar su parecer discordante mediante notas al pie o comentarios⁵³.

Uno de los principales puntos de conflicto del funcionamiento del Código ha sido la aplicación práctica de los dos primeros criterios para calificar una medida como potencialmente perjudicial⁵⁴. Un gran número de Estados criticaba que se empleara un enfoque *de facto* en vez de un estricto enfoque jurídico, de modo tal que si una medida, aunque estuviera destinada tanto a residentes como a no residentes, era empleada preeminentemente por estos, aislando a su vez a la economía nacional de sus efectos, podía considerarse potencialmente perjudicial a efectos del Código. Los Estados más pequeños (Bélgica, los Países Bajos, Lituania, Eslovenia o Hungría) consideraban que la interpretación expansiva de este criterio suponía un trato discriminatorio para las economías en crecimiento, dado que una misma medida podía ser considerada perjudicial o no según el Estado de aplicación y su grado de apertura al exterior. La Comisión, sin embargo, se mantuvo firme en este sentido ya que consideró que examinar el impacto real de una medida se aproximaba más a la práctica y, en el fondo, a los objetivos del Código.

⁵³ Austria, por ejemplo, proponía que fuese suficiente el voto de 2/3 de los Estados miembros para calificar una medida como perjudicial. Hungría y Alemania, en cambio, simplemente solicitaban que se fijara algún criterio de funcionamiento por mayoría. Véase: Doc. 9655/06, Anexo, págs. 9, 14 y 16.

⁵⁴ Recordamos que eran: 1) Que las ventajas se otorguen sólo a no residentes, o con respecto a las operaciones realizadas con no residentes; 2) Que las ventajas estén totalmente aisladas de la economía nacional, de manera que no afecten a la base fiscal nacional (*ring fencing*). Estos criterios *de facto* se conocen como 1b y 2b respectivamente, en contraposición a estos dos criterios “formales” que serían 1a y 2a respectivamente.

Finalmente, una última cuestión conflictiva era el valor que debía otorgarse al precedente. Es decir, si un Estado podía invocar una medida admitida con anterioridad para garantizar una calificación positiva por parte del Grupo. En principio, aceptar este precedente beneficiaría a los NEM, que tendrían un gran cuerpo de medidas a las que recurrir. De hecho, Polonia y Hungría resaltaban que no aceptar el precedente pondría en evidencia la credibilidad del proyecto. Portugal, en cambio, solicitó que se vetara explícitamente esta posibilidad. Finalmente, ante el silencio de la Comisión al respecto, el Grupo adoptó la sugerencia de España y pospuso el examen de la cuestión a próximas reuniones.

2.4.4 Clarificación de la relación con el régimen de Ayudas de Estado

Una de las cuestiones más sensibles del trabajo del Código es su relación con el régimen de ayudas de Estado, con el *hard law stick*, como lo ha llegado a calificar la doctrina⁵⁵. En un primer momento ambos caminaron de la mano. De hecho, el Código recogía en su letra J el compromiso de la Comisión para publicar una Comunicación con “las directrices para la aplicación de las normas sobre ayudas de Estado a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas”⁵⁶; una comunicación que se aprobó apenas un año después⁵⁷. El propio texto contemplaba un informe de seguimiento de su aplicación que se retrasó hasta 2004 y en el que se recogieron los principios que la jurisprudencia había desarrollado a partir de los diferentes casos en que se aplicó el régimen de ayudas de Estado a medidas en materia de fiscalidad directa⁵⁸. El papel preponderante que adoptó el régimen de ayudas de Estado

⁵⁵ Véase: BRATTON, W. W. y MCCAHERY, J. A., “Tax coordination and tax competition in the European Union: evaluating the Code of Conduct on business taxation”, *op. cit.*, pág. 688.

⁵⁶ *Código de Conducta*, letra J. En este mismo apartado quedaba plasmada la intención de la Comisión por reevaluar los regímenes fiscales vigentes en los Estados miembros así como los nuevos proyectos normativos.

⁵⁷ En la Comunicación de la Comisión se recuerda el carácter independiente de ambos instrumentos a la par que su estrecha conexión. Véase: 98/C 384/03, apartado 30.

⁵⁸ *Informe sobre la aplicación de la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas*, C (2004) 434, 9 de febrero de 2004.

respecto al propio Código (y su oposición a que continuaran los trabajos de este último) llevó a los Países Bajos y a Bélgica a solicitar que, para no superponer esfuerzos, el Código dejara de emplearse para perseguir de forma simultánea algunas medidas. Como veremos en los informes posteriores, el Código ha implementado en parte esta práctica, esperando a la resolución del procedimiento de ayudas de Estado antes de evaluar una medida⁵⁹. Sin embargo, la Comisión quiso también recordar que cada proceso cuenta con un espacio y principios propios, de manera que una medida perjudicial puede no ser declarada ayuda de Estado y viceversa.

2.5 Informes 2006-2012: la evolución del Código de Conducta

2.5.1 La continuación de los trabajos en 2006

El completo informe de mayo de 2006, en el que se recogió el parecer tanto de los Estados como de la propia Comisión, fue un punto de inflexión para orientar el futuro del Código. La primera ocasión en que se pudieron reflejar algunos de los cambios propuestos en el funcionamiento del Código fue con ocasión del Informe al Consejo de 22 de noviembre de 2006⁶⁰. En este último informe de 2006, la única cuestión reseñable la encontramos en relación a los compromisos de *rollback*⁶¹, en el análisis del proceso de desmantelamiento de dos medidas de Malta⁶². Una de ellas, *Dividends from (other) Maltese Companies with Foreign Income*, fue aceptada a cambio de que

⁵⁹ Doc. 9655/06, Anexo, pág. 36.

⁶⁰ *Report: Code of Conduct, Group of Business Taxation to ECOFIN Council*, 28 de noviembre de 2006, Doc. 15472/06 LIMITE FISC 145. Hay que recordar que todos estos informes tienen una misma estructura: evolución de los compromisos de *rollback*, evaluación del cumplimiento de la cláusula de *standstill* y, desde este año 2006, otros trabajos considerados “el futuro del Código”.

⁶¹ Respecto a la cláusula de *standstill* el grupo admitió cuatro regímenes y en relación al futuro del Código se limitó a aplazar la decisión a futuros informes.

⁶² En el Anexo del Doc. 15472/06 (págs. 7 y ss.) encontramos un análisis completo de este régimen y de las medidas adoptadas que permitieron su mantenimiento.

se implementaran medidas antiabuso adecuadas. Conforme al proceso de decisión del Grupo, la delegación española mostró su oposición al considerar que las medidas antiabuso implementadas no prevenían los efectos perniciosos de este régimen⁶³. Al hilo de este caso, queremos recordar una de las cuestiones advertidas en relación a la UE: el nivel de protección final de un Estado miembro y, en el fondo de la UE en su conjunto, es el nivel del Estado de la UE con un menor nivel de protección, dado que dentro de sus fronteras, por la estricta posición del TJUE, las medidas antiabuso pierden su eficacia.

2.5.2 El año 2007

En 2007 únicamente tenemos constancia documental de un informe: 9047/7 de 26 de abril⁶⁴. En el mismo, aparte de repasarse los éxitos en materia de *rollback* hasta la fecha, el informe se hizo eco de un conjunto de regímenes que se sometían a la evaluación del Grupo para determinar su conformidad con el Código. Entre los regímenes que quedaban bajo examen destacamos como el Grupo paralizó su examen del *Interest Box* de los Países Bajos hasta que no finalizara el procedimiento abierto en materia de ayudas de Estado contra esta medida⁶⁵. En este y en los siguientes apartados trataremos de resumir en un cuadro la situación de los trabajos en relación al cumplimiento de la cláusula *standstill* en cada momento:

⁶³ Véase: Doc. 15472/06, pág. 5, nota al pie 2.

⁶⁴ *Report: Code of Conduct, Group of Business Taxation to ECOFIN Council*, 5 de junio de 2007, Doc. 9047/07 LIMIT FISC 62. Aunque sabemos que existió otro informe aprobado por el Consejo ECOFIN el 4 de diciembre de 2007 (15721/2/07 REV 2) no hemos podido acceder a su contenido.

⁶⁵ Véase: Doc. 9047/07, apartado 18, pág. 6.

Tabla 1 - Cláusula de *standstill*. Medidas examinadas en 2007

Medidas aceptadas		Medidas que requieren más información		Medidas incursas en procesos de ayudas de Estado	
BU	Investment Tax Credit	NL	Patent Box	NL	Interest Box
SI	Exemption of Dividends and Capital Gains	Isla de Man (UK)⁶⁶	Distributable Profits Charge		
	Venture Capital Scheme				
	Economic Zones Act				

Fuente: Elaboración propia - Doc. 9047/07, apartados 14 y ss.

El aspecto clave de este primer informe de 2007 es la importantísima declaración que contiene respecto al futuro del Código, al proponer seis campos concretos en los que desarrollar un programa de trabajo adicional a la revisión de los dos compromisos clásicos. Estos seis campos (cuya inclusión en el programa del Grupo estaba aún entonces pendiente) son⁶⁷:

- a) Procedimiento y papel del precedente y de la comparación;
- b) Actuación en caso de que medidas evaluadas estén incursas en un procedimiento por ayudas de Estado;
- c) Búsqueda de una posición común en materia de normas antiabuso, especialmente en relación al concepto de *genuine economic activity*;

⁶⁶ Este régimen, fue declarado perjudicial en la reunión del Grupo de octubre de la que no tenemos constancia documental. Sin embargo, MURPHY se hizo eco de este hecho y describe los motivos de esta declaración. Véase: MURPHY R., "The Isle of Man has failed the EU Code of Conduct on Business Taxation", *Tax Research*, Richard Murphy Blog, 28 de octubre de 2007.

⁶⁷ Véase: Doc. 9047/07, Anexo, págs. 7-8.

- d) Transparencia e intercambio de información en materia de precios de transferencia, evaluando la implantación en los Estados de la propuesta del año 2002⁶⁸;
- e) Revisar hasta que punto las prácticas administrativas (*rulings*) pueden ser consideradas perjudiciales;
- f) Proponer soluciones a los Estados para promocionar el Código respecto a terceros países.

2.5.3 El año 2008

Durante el año 2008 el Grupo se reunió en 5 ocasiones (tres bajo la presidencia eslovena y dos bajo la presidenta francesa) y dirigió dos informes al Consejo ECOFIN: 9633/08, aprobado el 3 de junio de 2008⁶⁹ y 16084/1/08, aprobado el 2 de diciembre de 2008⁷⁰. Durante estas reuniones el Grupo tuvo que afrontar la revisión de un buen número de regímenes bajo la lupa del compromiso de *standstill*. Varias de las medidas sometidas a evaluación fueron aceptadas, aunque no sin críticas internas⁷¹.

Entre todas, debemos destacar el inicio del que será el proceso más largo de evaluación desde el año 2006 a la actualidad, que tuvo por objeto los regímenes del impuesto sobre sociedades en Guernsey, Jersey y la Isla de Man. Estos tres territorios dependientes de la Corona británica aprobaron de manera sucesiva un tipo del 0% en el impuesto sobre sociedades (10% para empresas financieras); una medida general cuya calificación como perjudicial

⁶⁸ Propuesta recogida en el Anexo 2 del doc. 14812/02, Informe al Consejo ECOFIN de 26 de noviembre de 2002.

⁶⁹ *Report: Code of Conduct, Group of Business Taxation to ECOFIN Council*, 3 de junio de 2008, Doc. 9633/08 LIMIT FISC 56.

⁷⁰ *Report: Code of Conduct, Group of Business Taxation to ECOFIN Council*, 2 de diciembre de 2008, Doc. 16084/1/08 REV 1 LIMIT FISC 166.

⁷¹ Alemania se mostró especialmente crítica respecto a la aceptación de las medidas de España, Bélgica y Luxemburgo, porque esta decisión se adoptó sin haber esperado a los informes sobre el uso efectivo de estos regímenes por sociedades no residentes, que aportarían información sobre su impacto real sobre otros Estados miembros. Nos parece adecuada la postura alemana si hemos aceptado en otros momentos que se emplee un criterio *de facto* y no jurídico a la hora de evaluar el carácter perjudicial de las medidas.

puede resultar discutible al hilo de los criterios del Código⁷². Sin embargo, como veremos posteriormente (al hilo de la evaluación definitiva realizada en 2010) este tipo del 0% se combinaba con un gravamen del 20% por los beneficios no distribuidos de las sociedades que recaía únicamente sobre los accionistas residentes. Este impuesto adicional situaba a los residentes en una peor situación y hacia estos regímenes contrarios a los dos primeros requisitos para considerar una medida perjudicial: orientación clara a los no residentes y *ring-fencing*.

Tabla 2 - Cláusula de *standstill*. Medidas examinadas en 2008

Medidas aceptadas		Medidas que requieren más información		Medidas perjudiciales	
BE	Patents Regime	Guernsey (UK)	Zero-Ten CIT	BE	Profit Participation Loans
PO	Madeira Free Zones	Jersey (UK)	Zero-Ten CIT		
ES	Régimen de intangibles	Isla de Man (UK)	New Tax Legislation		
LU	Intellectual Property Regime	SK	Investment Aid Tax Credit		

Fuente: Elaboración propia - Doc. 16084/1/08, apartados 12 y ss.

El principal hito del año 2008, sin embargo, fue la aprobación el 28 de noviembre por el Consejo ECOFIN del definitivo *Future Work Package* (con los mismos seis elementos previstos en el año 2007 y que enumeramos anteriormente). Además, dentro de esta declaración el Grupo ya aportó la contribución que ponía solución a los dos aspectos procedimentales de dicho *Future Work Package*:

⁷² Recordemos que en principio, aunque no son parte de la UE, los Estados miembros se comprometieron a extender a sus territorios asociados y dependientes los principios del Código de Conducta.

1) Procedimiento y papel del precedente y de la comparación.

En relación al proceso de toma de decisiones, el documento aprobado por el Consejo ECOFIN admitía que al referirse a las opiniones se pudiera emplear el término “the Group” o “broad consensus” si los Estados que se oponían en una votación permitían su utilización. Si este consenso no se alcanza, el presidente podrá convocar otra reunión a más alto nivel. En todo caso, el informe al Consejo ECOFIN podrá reflejar las diferentes opiniones vertidas en relación al asunto en conflicto⁷³. Parece, por lo tanto, que la práctica de recurrir a las notas al pie se seguirá manteniendo.

Otro aspecto clave era la regulación del precedente y de los criterios de comparabilidad que podrían invocarse para su aplicación. En primer lugar, el documento aprobado por el ECOFIN admite la importancia de recurrir al precedente, para cuyo empleo propone una serie de pautas. Entre ellas, propone una tabla de comparabilidad entre las medidas conforme a los diferentes criterios del Código que, eso sí, no debe conducir a una equiparación absoluta entre ambas para la aplicación del precedente⁷⁴.

2) Actuación en caso de que medidas bajo evaluación estén incursas en un procedimiento por ayudas de Estado.

El otro elemento procedimental presente en el *Future Work Package* era el tratamiento de los casos en que la medida a evaluar estuviera igualmente incurso en un procedimiento de ayudas de Estado. En principio, el documento recuerda que ambos procedimientos son independientes, pueden discurrir en paralelo y llegar a diferentes resultados. De todos modos, el Grupo confirma su práctica previa y se compromete a suspender la evaluación de las medidas cuando se abra formalmente el procedimiento de ayudas de Estado. Una vez concluido dicho procedimiento, e independientemente de su resultado, el Grupo

⁷³ Véase: Doc. 16410/08, Anexo I, págs. 3-4.

⁷⁴ Aparte de aportar los datos o estimaciones sobre los efectos de dichas medidas, los Estados que invocan el precedente deberán hacer ver la similitud en las respuestas a algunas de las cuestiones clave para determinar el carácter pernicioso, o no, de una medida. Por ejemplo: “Does the measure attract genuine economic business or artificially shiftable mobile tax bases?; Can the tax base easily be shifted (mobility)?; To what extent does the measure, de facto, benefit foreign owned companies?; Procedure for granting of the benefits (discretionary powers?), General environment”, etc. Véase: Doc. 16410/08, Anexo al Anexo I, págs. 8-9.

solicitará una descripción detallada de la medida que complete la posible descripción preliminar que obrara en su poder para poder continuar con su evaluación.

2.5.4 El año 2009

Durante este año el Grupo se reunió en cinco ocasiones, reflejando su actividad en los informes trasladados al Consejo 10200/1/09, de 7 de julio⁷⁵ y 16233/09, de 2 de diciembre⁷⁶. En relación al proceso de *rollback*, continuó con su revisión de los plazos de gracia concedidos a algunas medidas de los NEM y de los territorios asociados⁷⁷. En lo que respecta al compromiso de *standstill*, evaluó positivamente el régimen eslovaco pendiente pero mantuvo su parsimonia respecto a los requerimientos de información al Reino Unido y a sus territorios dependientes.

La interacción con el régimen de ayudas de Estado aprobada meses antes se hizo patente con la entrada en escena de tres medidas. En el caso del *Interest Box* de los Países Bajos el procedimiento por ayudas de Estado ya había finalizado con la aceptación del régimen por la Comisión⁷⁸. En espera de una descripción más detallada del régimen, su evaluación quedaba pendiente para futuras reuniones. Por otro lado, dos nuevos regímenes fueron puestos en conocimiento del grupo: la reforma de la tributación sobre sociedades en Gibraltar y un sistema de *tax relief* para diversas actividades en Bulgaria. Dado que existían procedimientos de ayudas de Estado abiertos respecto a ambos,⁷⁹ el Grupo suspendió su evaluación hasta que estos se resolvieran.

⁷⁵ *Report: Code of Conduct, Group of Business Taxation to ECOFIN Council*, 7 de julio de 2009. Doc. 10200/1/09 REV 1 LIMITE FISC 69.

⁷⁶ *Report: Code of Conduct, Group of Business Taxation to ECOFIN Council*, 2 de diciembre de 2009. Doc. 16233/09 LIMITE FISC 163.

⁷⁷ Doc. 10200/1/09, apartado 14.

⁷⁸ Press Release. *Aide d'État: la Commission autorise le régime d'allégements fiscaux intitulé «Groepsrentebox», proposé par les Pays-Bas*, IP/09/1100, 8 de julio de 2009.

⁷⁹ Este incentivo consiste, por un lado, en deducciones de hasta el 100% anual en el impuesto sobre sociedades para las actividades de producción desarrolladas exclusivamente en municipios con altos niveles de desempleo. Paralelamente, también se ofrecía una deducción del 60% a las actividades agrícolas y ganaderas. Tras ser aprobados por la Comisión en 2011, ambos incentivos mantendrán su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2013.

Tabla 3 - Cláusula de *standstill*. Medidas examinadas en 2009

Medidas aceptadas		Medidas que requieren más información		Medidas incursas en procesos de ayudas de Estado	
SK	Investment Aid Tax Credit	Guernsey (UK)	Zero-Ten CIT	BU	Tax relief (agriculture, processing industry, production, high technology and infrastructure)
		Jersey (UK)	Zero-Ten CIT	Gibraltar (UK)	CIT Reform
		Isla de Man (UK)	New Tax Legislation		
		NL	Interest Box		

Fuente: Elaboración propia – Doc. 16233/09, apartados 11 y ss.

El hecho más destacado en 2009 fue la intensa actividad del Grupo en relación a su nuevo programa de trabajo. Tras la aprobación de los aspectos procedimentales del mismo, eran cuatro las cuestiones que seguían integrándolo⁸⁰:

1) Normas antiabuso

Para un estudio más especializado se creó un subgrupo específico en materia de normas antiabuso, orientando su trabajo a dos campos: el trasvase de resultados (*inbound* y *outbound*) y las discordancias entre ordenamientos (*mismatches*), especialmente por acción de las entidades híbridas o los *profit participation loans*. Tras una primera reunión el 29 de octubre de 2009, el subgrupo se emplazó a continuar con los trabajos en 2010.

⁸⁰ Doc. 16233/09, págs. 5 y ss.

2) *Transparencia e intercambio de información en materia de precios de transferencia*

En este campo el Grupo se percató, tras examinar las respuestas de los Estados miembros a un cuestionario, que los acuerdos pactados en 2002⁸¹ no habían sido implementados por la inexperiencia en el intercambio espontáneo de información entre los Estados. Por ello, la principal propuesta fue ofrecer una mayor asistencia técnica en el contexto del programa Fiscalis. Este informe puso punto y final a los trabajos en relación a esta materia.

3) *Prácticas administrativas (rulings)*

La posibilidad de que las empresas y particulares alcancen acuerdos con las Administraciones tributarias que supongan en la práctica una derogación del régimen general supone un claro riesgo de competencia fiscal. Por ello, el Grupo solicitó a los Estados miembros que informaran de los acuerdos de este tipo alcanzados y su alcance. Las principales cuestiones observadas en estos primeros meses de trabajo fueron la falta de una definición común de *rulings*, la necesidad de mejorar la transparencia y la conveniencia de intercambiar esta información cuando estos acuerdos puedan afectar a bases imponibles de otros Estados miembros⁸².

4) *Vínculos con terceros países*

La implicación de terceros países para el futuro de la lucha contra la competencia fiscal en la UE es fundamental. Para promocionar los principios del Código, el Grupo propuso en sus reuniones de 23 de septiembre y 28 de noviembre de 2009 identificar y valorar el carácter perjudicial y las medidas a

⁸¹ Propuesta recogida en el Anexo 2 del doc. 14812/02, Informe al Consejo ECOFIN de 26 de noviembre de 2002.

⁸² Dentro de este concepto de *rulings* entendemos excluidas todas aquellas consultas tributarias o *letter rulings* que son posteriormente publicadas y respecto a las cuales existe un cierto índice de transparencia. Sería el caso de las consultas tributarias españolas, las *public ruling* australianas, las *letter rulings* de Estados Unidos o il *diritto di interpello* italiano. Para un examen comparado de las diferencias entre estos fórmulas de asistencia al contribuyente nos remitimos a: ADAME MARTÍNEZ, F. D., "Régimen jurídico de las consultas tributarias en Derecho español y comparado", *Documentos del Instituto de Estudios fiscales*, núm. 21, 2001.

adoptar contra aquellos regímenes que pudieran influir en mayor manera sobre los Estados miembros. Para ello, invitó a la Comisión a establecer contactos bilaterales con algunos Estados y a incluir, en el marco de sus negociaciones sobre la buena gobernanza con otros Estados, un análisis de las posibles medidas perjudiciales de sus sistemas fiscales⁸³.

2.5.5 El año 2010

En el año 2010 los dos informes sobre los trabajos del Grupo se aprobaron por el Consejo ECOFIN el 8 de junio (10033/10)⁸⁴ y el 7 de diciembre (16766/10)⁸⁵. Una vez cerrados los trabajos en relación al intercambio de información en materia de precios de transferencia, eran tres las áreas del nuevo programa de trabajo que mantuvieron su curso. Del mismo modo, se produjeron importantes novedades en el ámbito del compromiso de *standstill*.

En primer lugar, varias medidas fueron eliminadas de la lista de control, bien porque no se consideraron perjudiciales tras su examen (los casos de Eslovenia y Chipre), bien porque se derogaron (el *Interest Box* de los Países Bajos y el régimen de intereses de Hungría) e incluso, como sucedió con Guernsey, por el simple compromiso de que se modificaría el régimen.

El hecho más destacable, en cambio, fue el resultado del esperado examen respecto a los regímenes del impuesto sobre sociedades de Jersey y la Isla de Man. Tras más de dos años de espera, el Grupo acordó en su reunión de 19 de noviembre de 2010 declarar el carácter perjudicial de estas medidas. La importancia de esta decisión llevó al Grupo a solicitar el examen de la cuestión por el Consejo ECOFIN a través del *High Level Working Party* en

⁸³ La preocupación de las instituciones comunitarias por esta materia quedó reflejada en la publicación de la Comunicación *Fomento de la Buena Gobernanza en el Ámbito Fiscal*, de 28 de abril de 2009, COM (2009) 201 final, en la que se refleja claramente la vocación internacional de esta iniciativa.

⁸⁴ *Report: Code of Conduct, Group of Business Taxation to ECOFIN Council*, 8 de junio de 2010. Doc. 10033/10 LIMITE FISC 47.

⁸⁵ *Report: Code of Conduct, Group of Business Taxation to ECOFIN Council*, 7 de diciembre de 2010. Doc. 16766/10 LIMITE FISC 139.

asuntos fiscales. En su análisis⁸⁶, este grupo especializado de trabajo confirmó que los citados regímenes, al prever un sistema más gravoso de tributación para los residentes (mediante un régimen de imputación de los beneficios societarios no distribuidos), estaban orientados expresamente a proteger las bases nacionales (*ring-fencing*) y a atraer a accionistas no residentes; respaldando de este modo el acuerdo alcanzando por el Grupo.

Tabla 4 - Cláusula de *standstill*. Medidas examinadas en 2010

Medidas aceptadas		Medidas que requieren más información		Medidas perjudiciales	
NL	Interest Box (No se aplicará)	LU	Group Financing Companies	Isla de Man (UK)	New Tax Legislation
Guernsey (UK)	Zero-Ten CIT			Jersey (UK)	Zero-Ten CIT
HU	Interest payments from abroad (derogación)				
CY	Interest y Participation exemption				
SI	Relief Promurje regio				
	Economic Zones Act				

Fuente: Doc. 16766/10, apartado 11 y ss.

En lo que respecta a las demás áreas de trabajo del Grupo, en 2010 se registraron los siguientes avances:

⁸⁶ Conocido a través del documento: Sesión núm. 3067 del Consejo en Luxemburgo, 15 de febrero de 2011, Documento 6514/11 (Presse 25), págs. 16-17.

1. Normas antiabuso

Tras su primera reunión en 2009, el subgrupo que examinaba las cuestiones relativas a las normas antiabuso se reunió en cuatro ocasiones más durante 2010 bajo la presidencia española⁸⁷. Los resultados en materia de *inbound profits transfers* (dividendos entrantes) desde países terceros no se hicieron esperar. Era manifiesto que existía un serio problema cuando se transferían dividendos a la UE desde un Estado tercero que practicaba una nula o baja tributación en la fuente. La variedad de CDI permitía a las sociedades filiales de una matriz residente elegir el Estado de entrada para minimizar la tributación y, una vez en la UE, transferir libremente los beneficios a la matriz aprovechándose de los instrumentos de la Directiva Matriz-Filial. Tras barajar diversas opciones, el Grupo acabó aprobando la siguiente recomendación⁸⁸:

“Member States may opt to tax inbound profit transfers or to operate a participation exemption. Member States which operate a participation exemption should either ensure that the profits which give rise to foreign source dividends are subject to effective anti-abuse or countermeasures, or apply switch-over provisions targeted at ensuring effective taxation. The first could be achieved through a Member State having CFC-legislation or other anti-abuse provisions which ensure that profits artificially diverted from that Member State which may give rise to foreign source dividends are appropriately taxed”.

El recurso a las medidas antiabuso es ya una constante en el ordenamiento comunitario⁸⁹. Sin embargo, como no dejamos de insistir, si un

⁸⁷ En el momento de su aprobación, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo se desmarcaron de la constitución del sub-grupo para tratar las cuestiones de las medidas antiabuso. Si tenemos presente su oposición a que el Grupo siguiera con sus trabajos, podemos entender por qué se oponían a que asumiera de nuevo galones en el análisis de cuestiones de vital importancia para el futuro de la UE.

⁸⁸ Doc. 16766/10, pág. 6.

⁸⁹ De hecho la sugerencia incluida en la recomendación de aplicar una cláusula *switch-over* que cambie el método de exención previsto en un CDI por el de imputación ha sido expresamente admitida por el Tribunal de Justicia en su STJUE de 6 de diciembre de 2007, *Columbus Container Services*, asunto C-298/05. En este caso, aceptando el régimen alemán

solo Estado miembro se muestra laxo al permitir la entrada de dividendos desde territorios terceros serán inútiles los esfuerzos de los demás en este ámbito porque, recordemos, el nivel de protección de la UE es el nivel del Estado que lo fije a un nivel más bajo.

Otra cuestión conflictiva, en la que en cambio no se pudo alcanzar ningún acuerdo, fueron los *outbound profits distributions* (dividendos salientes). La eliminación de la retención en la fuente en el abono de dividendos a no residentes (práctica generalizada por ejemplo en Reino Unido o Malta) promueve que se canalicen los dividendos hacia estos Estados por medio de la Directiva Matriz-Filial para exportarlos posteriormente sin retención a terceros Estados. La necesidad de incidir sobre los CDI o modificar tipos para poner solución a esta distorsión fue, es y será un escollo insalvable para crear un mercado de capitales equilibrado⁹⁰.

2. *Prácticas administrativas (rulings)*

En la línea de los trabajos iniciados en 2009, el Grupo mantuvo su atención sobre los *rulings* de los Estados miembros, un campo de trabajo que a nuestro parecer supone un callejón sin salida. Durante las reuniones de 2010 se realizaron una serie de propuestas excesivamente optimistas con la esperanza de solucionar los inconvenientes apuntados en informes anteriores (inexistencia de una definición común, falta de transparencia o la necesidad de intercambiar información entre los Estados miembros)⁹¹.

En este sentido, el Grupo comenzó por brindar una definición de *rulings*, calificándolos como: “(T)he advance interpretation or application of tax provisions by the tax administration to a specific fact pattern of a specific taxpayer”. Sin embargo, para identificarlos invitaba a los Estados miembros a denunciar aquellas prácticas, incluso sospechas, de otros Estados miembros. Su operatividad, en cambio, es muy limitada: si los *rulings* ya son opacos dentro de un mismo ordenamiento, aún más lo serán de cara al exterior. Es

que preveía esta cláusula antiabuso frente a la entrada de rentas que hayan estado sometidas a un bajo nivel de tributación, incluso desde otros Estados miembros.

⁹⁰ Doc. 9779/10, pág. 5.

⁹¹ Las propuestas se definen con mayor extensión en el Doc. 10033/10, págs. 10-13.

rocambolésco pensar que los Estados, como solicita el Grupo, adecuarán la concesión de estos *rulings* a procedimientos más transparentes. De hecho, no les quepa duda que su publicidad sería una bomba de relojería social, pues estas prácticas suelen constituir un ataque frontal a los más esenciales principios de justicia tributaria.

No solo eso, incluso aún más difícil nos parece el intercambio automático de información previsto para los casos en que un Estado considere que un determinado *ruling* (que adopta en máxima expresión de su soberanía y que constituye en muchas ocasiones una clara práctica desleal) puede afectar a otros Estados miembros. *Pueden esperar sentados.*

3. Vínculos con terceros países

Continuando con la línea de trabajo anterior, el Grupo identificó aquellos países terceros y aquellos regímenes que debían constituir una prioridad para tratar de promocionar los principios del Código de Conducta. En este sentido, la cercanía geográfica y sus tradicionales políticas fiscales agresivas obligaron a poner el foco sobre Suiza y Liechtenstein⁹². Desde entonces, la Comisión tiene sobre la mesa una petición del Grupo para que sondee la aplicación en ambos de los criterios del Código.

2.5.6 El año 2011

El 20 de junio el Consejo aprobó el informe con el trabajo del Grupo en la primera mitad del año, bajo la presidencia húngara⁹³. Curiosamente, el segundo informe no fue aprobado hasta el 19 de diciembre de 2011 en la Sesión núm. 3139 del Consejo en materia de Medio Ambiente⁹⁴. El principal

⁹² Recomendamos al respecto: “EU puts Bern back in the eye of the storm”, *Swissinfo*, 13 de diciembre de 2010.

⁹³ *Report: Code of Conduct, Group of Business Taxation to ECOFIN Council*, 20 de junio de 2011, Doc 10857/11 LIMITE FISC 75.

⁹⁴ Doc. 18398/11, 13 de diciembre de 2011. No obstante, el contenido del mismo lo encontramos en el *Report: Code of Conduct, Group of Business Taxation to ECOFIN Council*, 21 de noviembre de 2011, Doc 17081/11 LIMITE FISC 144.

motivo de este retraso y de su extraño método de aprobación fue la exigencia italiana de que la UE fuera más estricta con Suiza a la hora de plantearle la necesidad de acogerse a los principios del Código de Conducta, de modo que si los rechazaba, se pudieran adoptar medidas unilaterales contra ella⁹⁵.

Al margen de continuar su labor de mantenimiento del *status quo*, el Grupo centró su trabajo durante estos meses en combatir el abuso y en mejorar los vínculos con terceros países. Además, ante el éxito de la aprobación del *Future Work Package* en 2008 como guía programática para expandir sus actuaciones, el Grupo acordó el nuevo *Work Package 2011*, en el que propuso nuevas líneas de trabajo que a continuación examinaremos.

Comenzando por su labor en materia de *rollback*, el Grupo confirmó la finalización de los plazos transitorios concedidos a los regímenes de algunos Estados miembros (el peaje para conseguir la aprobación del “Paquete Monti”)⁹⁶. En relación al control de los nuevos regímenes, se produjeron algunas novedades. En primer lugar, después de que el propio Consejo ECOFIN confirmara el carácter perjudicial de sus regímenes, el sempiterno conflicto con la Isla de Man y Jersey entró en una nueva fase, tras el compromiso por parte de ambos territorios de introducir reformas en los mismos. Aparentemente conforme, el Grupo consideró que los cambios introducidos suponían el desmantelamiento de los elementos perjudiciales de estos regímenes⁹⁷. Curiosamente, en cambio, el territorio dependiente de Guernsey que se había comprometido en 2010 a introducir estas mismas reformas no había informado aún de ellas al Grupo, por lo que este hubo de

⁹⁵ La presión de Italia a los demás Estados miembros para que se aprobara una resolución más dura contra Suiza se tradujo en la siguiente cláusula: “If satisfactory progress in this dialogue is not achieved by the end of the Danish Presidency [30 June 2012], the Group will take other approaches, including the unilateral assessment of the regimes”. Doc. 18398/11, apartado 20. Como afirma el portal de noticias Europolitics, este hecho expone a Suiza a toda la batería de contramedidas en caso de una evaluación negativa. Véase: “Corporate taxation: Union Bares teeth”, *Europolitics*, 20 de diciembre de 2011.

⁹⁶ En concreto, los Estados beneficiados entonces y que ahora confirmaban el pleno desmantelamiento de estos regímenes fueron: Bélgica (Centro de Coordinación), Irlanda (Ingresos procedentes del extranjero), Luxemburgo (Sociedades *holding* con arreglo a la Ley de 1929) y Países Bajos (Financiación internacional). Adicionalmente, el Grupo también confirmaba el cumplimiento por parte de Malta y Polonia de otros compromisos similares.

⁹⁷ Doc. 10857/11, pág. 5.

solicitar a los servicios de la Comisión que informaran sobre el estado de las mismas.

Quedaba también pendiente de 2010 el examen del régimen de Luxemburgo denominado *Group Financing Companies*, un sistema de acuerdos previos en materia de precios de transferencia. La presión del Grupo obligó a Luxemburgo a limitar los efectos de los acuerdos firmados únicamente al año 2011, reforma que permitió la exclusión de esta medida de la lista de evaluación del Grupo⁹⁸.

Como observamos, uno de los mayores retos del Código es imponer sus criterios a los territorios dependientes o asociados a los Estados miembros. De hecho, en 2011 el Grupo tuvo que situar de nuevo bajo su punto de mira el *Income Tax Act 2010* de Gibraltar, a la par que esperaba por parte de los servicios de la Comisión información respecto a los territorios de ultramar de Francia y los Países Bajos.

Continuando con su programa de trabajo, estos fueron los principales resultados del Grupo durante el año 2011 en materia de normas antiabuso, prácticas administrativas y en el desarrollo de los vínculos con terceros países:

1. Normas antiabuso

Uno de los principales problemas señalados por el Grupo eran los instrumentos híbridos de financiación, cuya disparidad de calificación y trato fiscal entre los Estados miembros creaban *mismatches* que podían fomentar la práctica de arbitraje fiscal en busca de situaciones de doble no imposición. Sin embargo, las propuestas realizadas por el Grupo para solucionar las lagunas observadas en materia de uno de estos instrumentos, los *Profit Participating Loans*⁹⁹, tenían importantes implicaciones legales que obligaron a recurrir a la

⁹⁸ Otro asunto pendiente que encontró resolución en estos meses fue el régimen búlgaro del *tax relief* que dejamos pendiente de la finalización del procedimiento de ayudas de Estado. Tras declararse compatible por la Comisión (Decision núm. 546/2010) el Grupo consideró que no era necesario continuar su examen bajo los criterios del Código.

⁹⁹ Operaciones híbridas en las que la retribución del préstamo está ligada a los beneficios de la sociedad prestataria. El principal problema radica en el dispar tratamiento mercantil y fiscal de estas operaciones en los Estados miembros. Para un análisis de estos diferentes instrumentos

Comisión para un estudio pormenorizado de la cuestión¹⁰⁰. Como ha hecho ver NOUWEN, un claro ejemplo de esta conflictividad es la desaparición de los párrafos que resumían el trabajo en esta materia en las diferentes versiones públicas de los informes¹⁰¹. En opinión del analista, la razón puede ser que la publicidad de estas partes, con opiniones y deliberaciones internas “could hinder the progress of the negotiations and compromise the conclusion of an agreement”.

2. *Prácticas administrativas (rulings)*

La invitación por parte del Grupo a que los Estados denunciaran las prácticas irregulares de otros Estados miembros no tuvo el resultado esperado (por el Grupo) y recibió el silencio como respuesta. Este fracaso impulsó al Grupo a consultar con la Comisión métodos alternativos para identificar estas prácticas. La propuesta de un estudio externo con un proceso de consulta abierto a todos los agentes es posiblemente la mejor solución para superar las barreras de opacidad a que se enfrentan los trabajos oficiales. No obstante, como se constató en la consulta pública abierta en materia de doble no imposición¹⁰², serán pocos los agentes que puedan aportar información sobre un conjunto de prácticas opacas y que solo se conocen “desde dentro”¹⁰³.

híbridos y su implicación en la crisis financiera global véase: ROSEMBUJ, T., *La crisis financiera y el arbitraje fiscal internacional*, El Fisco, Barcelona, 2011, págs. 67 y ss.

¹⁰⁰ Al ser una cuestión que se encontraba aún bajo negociación el Grupo optó por excluir de su informe el contenido de las propuestas en materia de Profit Partipating Loans que se encontraba en el párrafo 17 del Informe de 7 de diciembre de 2010, 16766/10. De hecho, el análisis de esta cuestión levantó ampollas entre varios Estados miembros (Países Bajos, Luxemburgo, Bélgica y Estonia) que consideraban que no era labor del Código discutir medidas de coordinación con el objetivo de solucionar discordancias que tenían su causa en las diferencias entre los Estados en materias fuera del mandato inicial del Código. Véase: Doc. 10857/11, pág. 7, nota al pie 1.

¹⁰¹ NOUWEN, T., “Recent results and trends reported by the Code of Conduct Group on Business Taxation”, EU direct tax news, Vol. 46, 2012, pág. 8.

¹⁰² *Mercado interior: ejemplos concretos de casos de doble no imposición*, 29 de febrero de 2012, TAXUD D1 D(2012).

¹⁰³ De hecho, en relación a esta consulta en que la Comisión pedía a los agentes ejemplos de situaciones de doble no imposición los representantes de la asociación *Tax Justice Network* (TJN) indicaron: “for TJN and its members it is very difficult to identify the concrete examples the European Commission is looking for, since of their nature it is needed to access to internal company accounts”. Véase: *Summary report of the responses received on the public consultation on factual examples and possible ways to tackle double non-taxation cases*, 5 de julio de 2012, TAXUD D1 D(2012), pág. 3.

3. Vínculos con terceros países

Tras señalar Suiza y Liechtenstein en sus informes de 2010, el Grupo pasó a impulsar un examen más detallado de la situación en ambos países.

En relación al Principado centroeuropeo, el Grupo señaló, en espera de un análisis más exhaustivo, varias medidas potencialmente perjudiciales que debían abordarse: la exención plena de dividendos, la exención de plusvalías combinada con la deducibilidad de las pérdidas de valor y el régimen de las *Private Asset Structures*, sociedades que no desarrollan actividades económicas (salvo la compra y venta de instrumentos financieros y participaciones) y que están gravadas únicamente con un impuesto anual a tanto alzado de 1.200 francos suizos (unos 1.000 euros)¹⁰⁴.

En el caso de Suiza, el Grupo ha continuado instando a la Comisión para que iniciara un diálogo bilateral que permitiera identificar los aspectos de su régimen fiscal con mayor potencial para distorsionar las decisiones empresariales (especialmente aquellos que tengan un efecto de *ring-fencing*) a la par que se articulaban las soluciones técnicas necesarias. En caso de que no se produzcan avances, el Grupo advertía de que evaluaría unilateralmente estas cuestiones¹⁰⁵.

Finalmente, en el 2011 se consumó la firme apuesta por continuar ampliando el alcance de los trabajos del Grupo del Código de Conducta más allá de su misión tradicional de controlar el cumplimiento de los compromisos de *rollback* y *standstill*. El *Work Package 2011* comenzó a gestarse en las primeras reuniones del año impulsado por informes de los servicios de la Comisión que sugerían nuevas áreas de trabajo y se aprobó en la última reunión del año. Al igual que el programa de 2008, contiene seis puntos, tres de los cuales se corresponden con los principales asuntos abordados en los

¹⁰⁴ Con efectos desde el 1 de enero de 2011 Liechtenstein ya había introducido importantes reformas para poder integrarse en el Espacio Económico Europeo, principalmente la introducción de un impuesto sobre sociedades a tipo proporcional (12,5%) sobre el resto de sociedades. Para un examen más detallado de su régimen les remitimos a: AA.VV., *European Tax Handbook 2012*, directores: Ola van Boeijen-Ostaszewska y Marnix Schellekens, IBFD, Ámsterdam, 2012, págs. 525-530.

¹⁰⁵ Doc. 17081/1/11, apartado 20. El incremento de la presión sobre Suiza queda reflejado en algunas informaciones de estas fechas. Véase: "EU puts heat on Swiss over corporate taxation", *Swissinfo*, 26 de noviembre de 2011; "Switzerland at the center of EU's radar screen", *Europolitics*, 28 de noviembre de 2011.

últimos años: medidas antiabuso, prácticas administrativas y vínculos con terceros países.

Las otras tres áreas de trabajo incorporadas al quehacer del Grupo son:

1. Controlar la implementación de las recomendaciones del Grupo (*guidance notes*) por parte de los Estados miembros.
2. Preparar nuevas recomendaciones que permitan trasladar las evaluaciones individuales realizadas a principios generales que puedan emplearse como guía en el futuro. Como punto de partida, los esfuerzos en este ámbito se centrarán en los regímenes sobre el capital móvil y sobre las zonas económicas especiales.
3. Fondos de inversión. El objetivo será examinar las medidas aplicadas por los Estados que puedan propiciar una planificación fiscal perjudicial por parte de las multinacionales, tratando de ofrecer soluciones comunes que impidan su empleo abusivo.

2.5.7 El año 2012

Durante el año 2012 la actividad del Grupo ha continuado siendo muy intensa. Aunque hasta el momento solo se ha hecho público el primero de los informes aprobado por el Consejo el 22 de junio¹⁰⁶, conocemos de la existencia de un segundo informe anual (Doc. 16488/12 FISC 173), algunos de cuyos resultados podremos comentar a raíz de otros documentos que lo han citado. Sin embargo, esta actividad está cada vez menos concentrada en su labor de vigilancia de mantenimiento del *status quo*. Poco a poco la labor habitual del Grupo ha ido pasando a un segundo plano y el año 2012 es un claro ejemplo de ello. Por un lado, en el informe de junio se constató el fin de los periodos transitorios aplicables a algunas de las últimas medidas a las que se

¹⁰⁶ Report: Code of Conduct, Group of Business Taxation to ECOFIN Council, 22 de junio de 2012, Doc 10903/12 LIMITE FISC 77.

concedieron periodos de gracia¹⁰⁷. Del mismo modo, el trabajo en materia de *standstill* se concentró ya exclusivamente en dos medidas.

En primer lugar, en el largo proceso contra Guernsey, que tras no cumplir con su promesa de reformar su régimen dos años antes, hubo de comprometerse a introducir las reformas legislativas ya implantadas en Jersey o la Isla de Man¹⁰⁸. La otra medida bajo la lupa del Grupo era el régimen de *Income Tax Act 2010* de Gibraltar en relación a la tributación de los intereses y cánones. Aunque este régimen fue señalado como perjudicial en las últimas reuniones del año, por desgracia, no tenemos constancia documental directa. A través de otros medios, sin embargo, hemos conocido que España quiso hacer patente su oposición a que los trabajos del Código no continuaran con un examen más profundo de otros efectos de este régimen al margen de los intereses y cánones¹⁰⁹.

A continuación pasamos a examinar el trabajo que nos consta se ha realizado durante 2012 en las diferentes áreas (seis ahora) del programa de actividad del Grupo aprobado en 2011.

1. Normas antiabuso

La solución respecto a los *Profit Participating Loans* parece difícil. La Comisión dio traslado al Grupo de la evaluación jurídica de la solución

¹⁰⁷ *Special Economic Zones* (Poland), *Madeira Free Zone* (Portugal), *International Business Companies* (Jersey) y el régimen de *Captive Insurance* (Netherlands Antilles).

¹⁰⁸ Aunque el factor que más llama la atención de estos regímenes era el tipo del 0% aplicable a la mayoría de las empresas, el elemento realmente perjudicial era la tributación en sede de los socios residentes de los beneficios no distribuidos de estas sociedades al 20%. De este modo, una sociedad sin socios residentes si tributaba efectivamente al 0% mientras que otra sociedad podía quedar gravada hasta el 20% si todos sus socios eran residentes. Este claro efecto de *ring-fencing* y de atracción de no residentes justificó la persecución del Grupo. De hecho, el tipo del 0% *per se* no es perjudicial a efectos del Código.

¹⁰⁹ “Spain wishes to highlight that, as reflected in the report prepared by the Group, the outcome of the review and the assessment made are based on the analysis of a very specific type of income: interests, without having evaluated other potentially harmful elements of the regime. Therefore, the Kingdom of Spain reserves its right to request to continue in the future with the analysis and assessment of elements not analyzed”. Conocemos esta declaración por el Doc. 16970/12, de 17 de diciembre de 2012 (pág. 16), que resume el desarrollo del “2431st meeting of the Permanent Representatives Committee”, celebrado en Bruselas los días 27, 28, 29 y 30 de noviembre de 2012.

propuesta (aún secreta), pero existen reticencias en el seno del Grupo para implementarla.

En relación a otras disparidades (*mismatches*) entre los Estados miembros el Grupo ha tomado como referencia los trabajos desarrollados en el seno de la OCDE, en concreto el documento: *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax policy and compliance issues*, publicado el 5 marzo de 2012¹¹⁰. Aunque es evidente la ventaja de partir de un documento ya elaborado, resulta paradójico que apenas se haga mención a la consulta pública lanzada por la propia Comisión una semana antes (el 29 de febrero) con el título: *Mercado interior: ejemplos concretos de casos de doble no imposición*, TAXUD D1 D(2012). De hecho, aunque su formato de cuestionario cerrado ha limitado la utilidad de las contribuciones, es un documento más ambicioso respecto a las situaciones fronterizas potencialmente perjudiciales que pretende vigilar, tal y como se puede observar en el siguiente cuadro¹¹¹:

¹¹⁰ Como indica el propio informe: “This report deals with hybrid mismatch arrangements. These are arrangements exploiting differences in the tax treatment of instruments, entities or transfers between two or more countries. Hybrid mismatch arrangements have been encountered by tax administrations in many countries. They often lead to «double non-taxation» that may not be intended by either country, or may alternatively lead to a tax deferral which if maintained over several years is economically similar to double non-taxation”. Véase: OCDE, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax policy and Compliance Issues*, París, 2012, pág. 5.

¹¹¹ De hecho, como advierten sorprendidos POSTMA y NOUWEN: “It is peculiar that the two lists of potentially aggressive cross-border situations have only two situations in common”. Véase: POSTMA, A. y NOUWEN, M., “In the spotlight: OECD and European Union increase their focus on double non-taxation”, *Global Tax Policy and Controversy Briefing*, Vol 10, 2012, pág. 36.

Tabla 5- Comparación del ámbito de las iniciativas de la UE y la OCDE en materia de doble no imposición¹¹²

UE	OCDE
Hybrid entities	Hybrid entities
Hybrid Instruments	Hybrid Instruments
Application of Double Tax Conventions	Hybrid transfers
Transfer pricing and unilateral Advance Pricing Arrangements	Dual residence entities
Entities with no or low taxation	
Debt financing of tax-exempt income	
Different treatment of passive and active income	

Fuente: *Global Tax Policy and Controversy Briefing*, Vol. 10, 2012, pág. 36

Sin duda alguna, esta es una de las áreas prioritarias de las instituciones comunitarias en los últimos meses. Muestra de ello es la *Recomendación sobre la planificación fiscal agresiva* de 6 de diciembre de 2012, C (2012) 8806 final, en la cual se propone una cláusula específica para solucionar situaciones de doble no imposición por la interacción entre CDI¹¹³. Aunque nos falta por conocer como ha asumido el Grupo los resultados de la consulta pública de la Comisión y la posible influencia de sus trabajos en esta Recomendación, el Grupo ya señalaba en su primer informe de 2012 que daría prioridad al examen de las posibles discordancias que puedan derivarse del tratamiento de las entidades híbridas y de los establecimientos permanentes.

¹¹² Para un examen más detallado del contenido específico de estas medidas nos remitimos a los propios trabajos de la OCDE y de la Comisión.

¹¹³ La cláusula que la Recomendación propone introducir es: "En caso de que el presente Convenio establezca que un elemento de la renta es imponible únicamente en uno de los Estados contratantes o que puede gravarse en uno de los Estados contratantes, el otro Estado contratante deberá abstenerse de gravar dicho elemento únicamente si el elemento en cuestión está sujeto a imposición en el primer Estado contratante".

2. Prácticas administrativas (rulings)

Los celos de los Estados dificultan cualquier avance significativo en esta área. De todos modos, el Grupo ha continuado con sus esfuerzos para examinar la transparencia de los diferentes sistemas nacionales, para acabar concluyendo que puede ser útil algún modelo que facilite la realización y seguimiento del intercambio espontáneo de información entre los Estados. En este sentido, compartimos la posición escéptica de Italia, que ya en los primeros pasos de este proyecto consideraba dudosa la consecución del principio de reciprocidad¹¹⁴.

3. Controlar la implementación de las recomendaciones del Grupo (guidance notes) por parte de los Estados miembros.

El principal objetivo en este ámbito es controlar la implementación de la recomendación en materia de *inbound profit transfers* realizada en el año 2010. Como primer paso de esta acción, el Grupo solicitó información a las delegaciones de los diferentes Estados miembros sobre el marco jurídico de sus ordenamientos.

4. Preparar nuevas recomendaciones

En este aspecto, el Grupo discutió un resumen sobre las características y elementos determinantes en las evaluaciones de los diferentes regímenes que había realizado hasta entonces, concretamente en materia de intereses, cánones, sociedades interpuestas y de *Free zone* (o zonas francas). El objetivo principal es el desarrollo de recomendaciones y criterios interpretativos que puedan ser empleados en el futuro con carácter general.

5. Fondos de inversión

Queremos resaltar, cosa que no hicimos antes, el carácter simbólico que tiene la entrada de los fondos de inversión dentro del programa del trabajo del

¹¹⁴ Doc. 10033/10, pág. 12, nota al pie 3. Posición confirmada en el Doc. 10903/12, pág. 6, nota al pie 1.

Código de Conducta. Como recuerda NOUWEN¹¹⁵, esta materia, aunque está formalmente dentro del ámbito de actuación del Código, fue aparcada expresamente durante la elaboración del “Informe Primarolo” con la lista de medidas perjudiciales¹¹⁶. El hecho de que se retomara en 2011 dentro del programa de trabajo del Grupo dice mucho de la actual concepción del Código como instrumento horizontal de lucha contra la competencia fiscal perjudicial. Un argumento que, por ejemplo, podría extenderse a los regímenes de expatriados, una cuestión que también fue excluida del ámbito del Código en el último momento.

Sobre la base de la experiencia aportada por el Reino Unido, el Grupo ha comenzado a trabajar en los aspectos conflictivos derivados de los regímenes especiales que regulan estos fondos. El objetivo parece ser más un examen de la situación que un estudio detallado, uno por uno, conforme a los cinco criterios del Código, de cada uno de los regímenes estatales. Por tanto, una vez identificados los elementos de las medidas aplicadas por los Estados que pueden propiciar una planificación fiscal perjudicial, es posible que se proponga una solución que podemos denominar de *soft-soft law*, como un acuerdo de buenas prácticas que ponga freno al uso abusivo de estos regímenes.

6. Vínculos con terceros países

En esta materia los avances en el año 2012 no han sido significativos. En relación a Liechtenstein únicamente se ha confirmado el programa de actuación; mientras tanto, Suiza ha mostrado una mínima apertura al diálogo respecto a algunos aspectos claramente perjudiciales de su ordenamiento¹¹⁷.

¹¹⁵ NOUWEN, T., “Recent results and trends reported by the Code of Conduct Group on Business Taxation”, *op. cit.*, pág. 13

¹¹⁶ “The Group agreed to leave out of account for the time being the assessment of collective investment vehicles and to refer the point of principle to the Taxation Policy Group”. Véase: *Report to the Ecofin Council on 29 November 1999*, 23 de noviembre de 1999, SN 4901/99, pág. 10, apartado 28.

¹¹⁷ Según el portal de noticias Europolitics: “Switzerland has agreed to open a «dialogue» on adapting schemes for domiciliary companies and joint ventures. On the other hand, «the situation leaves room for improvement with regard to holding companies and several federal schemes»”. Véase: “Code of Conduct: Wake-up call for Switzerland”, *Europolitics*, 4 de diciembre de 2012.

Sin embargo, los Estados miembros ya han advertido que si no se producen avances reales para julio de 2013 adoptarán medidas unilaterales, una amenaza que ya se plasmó en el informe de 2011.

2.6 Presente y futuro del Código de Conducta: una herramienta renovada contra la competencia fiscal perjudicial

Desde su creación y hasta nuestros días, el Grupo del Código de Conducta ha realizado una labor muy destacada en la identificación, valoración y eliminación de medidas fiscales perjudiciales. Más de 400 medidas han sido evaluadas y más de 100 de ellas han sido eliminadas o modificadas tras recibir el calificativo de perjudiciales, consiguiendo además romper de forma excepcional una de las grandes barreras invisibles de la UE: el control sobre los territorios dependientes o asociados a los Estados miembros.

Sin embargo, poco a poco, la misión primigenia encomendada al Grupo de controlar el proceso de desmantelamiento de las medidas y vigilar los ordenamientos estatales para asegurar el cumplimiento de los principios del Código ha ido perdiendo relevancia. De hecho, aparte de la evidente pérdida de actividad en materia de *rollback*, a tenor de los últimos datos que hemos conocido¹¹⁸, no existían ya medidas concretas bajo el examen de la cláusula *standstill*.

El Grupo, en cambio, ha sabido reinventarse. Mediante una interpretación expansiva del mandato inicial y con el Informe de mayo de 2006 como resorte, se ha erigido como plataforma de debate de algunas de las cuestiones de mayor actualidad del panorama fiscal comunitario. De este modo, con mayor o menor influencia, están pasando por sus manos las relaciones de la UE con terceros Estados, la adopción de medidas antiabuso, la solución a los supuestos de doble no imposición, etc. En definitiva, el Código

¹¹⁸ Nos referimos a la calificación del *Tax Income Act* 2010 de Gibraltar como perjudicial, hecho que hemos extraído de manera indirecta de otro documento no perteneciente específicamente al Grupo. Desconocemos, eso sí, si en el informe de la segunda parte del año 2012 se han incluido nuevas medidas bajo el examen de la cláusula *standstill*.

ha vuelto a la primera plana de la política comunitaria tras años de *exilio* resolviendo cuestiones preminentemente burocráticas.

De hecho, como advertían los Estados y la propia Comisión, su pervivencia como foro de debate al más alto nivel solo tendría significado si asumía nuevas responsabilidades, un nuevo rol que en estos momentos resulta crucial para resolver el complejo entramado de conflictos generado por una UE a 27. En este sentido, el Grupo ha dado un paso adelante apoyado por el Consejo desde el año 2006. Con 15, con 27 o con 30 Estados miembros el Grupo es, ha sido y será un foro abierto al diálogo que, al realizar gran parte del *trabajo sucio*, facilita acuerdos de mayor calado. Además, una de sus principales virtudes es que sirve de nexo entre la Comisión, a veces aislada en su torre de marfil, y los Estados miembros.

Sus virtudes y defectos han quedado ejemplificados en el proceso para declarar perjudiciales los regímenes del impuesto sobre sociedades aprobados en tres territorios dependientes del Reino Unido (la Isla de Man, Guernsey y Jersey). Aunque era evidente que infringían los principios del Código (por estar claramente orientados a los no residentes y tener un efecto de *ring-fencing*), el Grupo tardó casi tres años desde su primer examen hasta que estos territorios aceptaron la modificación de sus regímenes. En espera de un flexible programa de desmantelamiento, resulta patente la dificultad del Grupo para acelerar sus procesos, especialmente respecto a aquellos regímenes más complejos. Aunque los largos plazos y la ausencia de medidas punitivas impidan una reparación plena de las distorsiones creadas por algunas medidas, sí que podemos admitir, en ausencia de otros instrumentos, que el resultado final de sus trabajos es más que satisfactorio¹¹⁹.

¹¹⁹ Entre sus mayores defectos la doctrina ha señalado con reiteración la incapacidad del Código para hacer frente a las medidas generales, al señalar en su letra B a “las medidas fiscales que impliquen un nivel impositivo efectivo considerablemente inferior, incluido el tipo cero, al aplicado habitualmente en el Estado miembro de que se trate”. De este modo, las medidas de reducción general de tipos (piénsese de nuevo en el tipo del 12,5 % del impuesto sobre sociedades aplicable en Irlanda o el 10 % de Chipre), aun cuando influyen de manera evidente en la localización empresarial escapan del control del Código. Entre otros: BRATTON, W. W. y McCAHERY, J. A., “Tax coordination and tax competition in the European Union: evaluating the Code of Conduct on business taxation”, *op. cit.*, págs. 711-712.; PINTO, C., “Tax Competition and EU Law”, *op. cit.*, págs. 206-207; MARTÍN LÓPEZ, J., “Competencia fiscal perjudicial y Ayudas de Estado en la Unión Europea”, *op. cit.*, págs. 187-189.

En este sentido, el *Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal* [COM (2012) 722/2] es partidario de reforzar el papel del Grupo, dotándolo de instrumentos que agilicen y mejoren el logro de sus objetivos originales permitiendo, por ejemplo, que algunos asuntos se planteen de manera más rápida al Consejo cuando sean necesarias decisiones políticas urgentes. Del mismo modo, este documento refleja el firme compromiso de la Comisión por reforzar la labor actual del Grupo y respaldar su trabajo con declaraciones como esta: “Si las soluciones para eliminar las incoherencias no son aprobadas y aplicadas de acuerdo con unos plazos claros, la Comisión está dispuesta, en su caso, a presentar propuestas de medidas legislativas en su lugar”¹²⁰. Aunque esta amenaza de la Comisión tiene un escaso valor coactivo, por la necesidad de unanimidad entre los Estados miembros para introducir cualquier novedad¹²¹, sí que es indicativa del valor que se dan a los trabajos realizados en el seno del Grupo.

La última reflexión que queremos realizar recoge nuestra esperanza porque los Estados acepten la expansión de los trabajos del Grupo más allá de la concepción estricta de la fiscalidad empresarial. Una vez que ha entrado de lleno en el examen de medidas antiabuso o que ha retomado una cuestión aplazada desde su creación como los fondos de inversión, creemos firmemente, como ya indicó Monti en su informe de 2010: *A new strategy for the single market. At the service of Europe's economy and society*, que el Código puede asumir funciones en relación a algunos aspectos de la fiscalidad personal con incidencia en la competencia fiscal perjudicial¹²². Del mismo

¹²⁰ COM (2012) 722/2, pág. 8.

¹²¹ Salvo que se plantee emplear el inédito proceso previsto en los artículos 116 y 117 TFUE en materia de aproximación de legislaciones. Estos mecanismos estaban teóricamente llamados a ser un instrumento crucial para controlar el ejercicio de la soberanía estatal, legitimando la adopción de Directivas para eliminar las distorsiones que pudieran afectar al mercado por el procedimiento legislativo ordinario (que no exige unanimidad). Sin embargo, como reconoce la doctrina, estos artículos no han tenido el papel que estaban llamados a jugar. Véase: KAPTYEN, P. J. G. y VERLOREN VAN THEMAAT, P., *Introduction to the Law of the European Communities*, Tercera edición, dirigida y revisada por Laurence W. Gormley, Kluwer Law International, Londres, 1998, págs. 802-810 y PINTO, C., “Tax Competition and EU Law”, *op. cit.*, págs. 74-86. Incluso (una posible muestra del desinterés por estos preceptos), el actual artículo 117 TFUE contiene una errata al remitirse al artículo 96, anterior numeración en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del actual artículo 116 TFUE. Ya ven hasta dónde llega el *cut & paste*...

¹²² MONTI, M., “A new strategy for the single market. At the service of Europe's economy and society”, *op. cit.*, pág. 82

modo, como eje de la coordinación comunitaria, creemos que está legitimado y capacitado para examinar de modo transversal cuestiones de gran complejidad y casuística como los supuestos de doble no imposición.

En definitiva, consideramos todo un éxito la reactivación del papel del Código de Conducta en momentos de tribulación como los que vivimos, pues la experiencia del Grupo puede ser fundamental para alcanzar acuerdos, guías y principios mínimos que las propuestas maximalistas de la Comisión están lejos de poder reflejar.

A continuación, nos corresponde examinar la conexión del régimen de control de las ayudas de Estado con la competencia fiscal. Dado que esta materia no ha sido relegada del primer plano doctrinal, como ha sucedido con el Código de Conducta, nuestro análisis será más conciso y se apoyará en la abundante doctrina sobre la materia.

3. EL RÉGIMEN DE CONTROL DE LAS AYUDAS DE ESTADO

En la mayoría de las ocasiones la doctrina ha circunscrito el empleo del concepto de competencia fiscal exclusivamente al ámbito de la fiscalidad directa, más en concreto, a la imposición sobre sociedades. Uno de los principales objetivos de este trabajo ha sido extender el análisis de la competencia fiscal a la fiscalidad indirecta y la tributación sobre las personas físicas¹²³.

¹²³ PINTO, por ejemplo, entiende la competencia fiscal como “the reduction of the tax burden by sovereign countries in order to improve their economy by increasing the competitiveness of domestic business and/or attracting foreign investment”. Desde una perspectiva internacional adopta una visión aún más estricta: “the endeavour of sovereign countries to gain a higher share in the international division of the taxable base deriving from inbound investment”. Véase: PINTO, C., “Tax Competition and EU Law”, *op. cit.*, pág. 51. La Comisión, en su Comunicación *Paquete de medidas para hacer frente a la competencia fiscal perniciosa en la Unión Europea*, COM(97) 564 final, de 5 de noviembre de 1997, adoptó desde un primer momento una concepción de la competencia fiscal que incluía tanto la fiscalidad empresarial como la fiscalidad del ahorro. En la obra colectiva de referencia dirigida por Wolfgang Schön, *Tax Competition in Europe*, en el que se incluyen interesantísimos informes sobre el estado de la competencia fiscal en varios Estados europeos, el objeto de estudio se extiende también a la

No obstante, no existe ningún precepto en los Tratados comunitarios que haga referencia al fenómeno de la competencia fiscal en ningún sentido. De hecho, apenas existen siquiera alusiones a la fiscalidad directa en todo el Derecho originario. Sin embargo, vinculando el principio de subsidiariedad con las libertades fundamentales, la doctrina ha identificado una cierta condescendencia del Derecho comunitario respecto a la existencia de competencia fiscal en el seno de la Unión, fiel reflejo de la soberanía de los Estados en el campo de la fiscalidad directa¹²⁴. Esta soberanía está sometida, sin embargo, a un importante límite previsto expresamente en los Tratados: el régimen de ayudas de Estado, recogido en los actuales artículos 107 a 109 TFUE.

El régimen del control de las ayudas de Estado es un instrumento fundamental para garantizar el funcionamiento del mercado único, evitando que los Estados puedan falsear la competencia favoreciendo a determinados sectores o empresas. Dentro de esta concepción, el propio régimen ha evolucionado. Así, como apunta DE JUAN CASADEVALL, el régimen de ayudas de Estado “es un instituto jurídico genéticamente vinculado al Derecho de la Competencia que experimenta una mutación funcional para, sin perder esa inicial filiación jurídica, convertirse en un instrumento de armonización negativa de la fiscalidad directa”¹²⁵. El hito fundamental de este cambio de rol es la publicación del *Código de Conducta sobre fiscalidad de las empresas*, hace ya más de quince años, en el cual la Comisión se comprometió a “velar escrupulosamente por que se apliquen con todo rigor las normas relativas a las citadas ayudas” (entendiendo por estas las ayudas de Estado cuando las medidas señaladas por el Código pudieran entrar en su ámbito de aplicación)¹²⁶.

En este sentido, existe una vastísima literatura sobre el empleo por parte de la Comisión de este régimen para combatir los efectos perjudiciales de la

fiscalidad de los particulares. Véase: SCHÖN, W., “Tax Competition in Europe – General Report”, en AA.VV. *Tax Competition in Europe*, director: Wolfgang Schön, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 2003, págs. 22-23.

¹²⁴ PINTO, C., “Tax Competition and EU Law”, *op. cit.*, págs. 375-376.

¹²⁵ DE JUAN CASADEVALL, J., *Ayudas de Estado e Imposición Directa en la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 329-330.

¹²⁶ Código de Conducta, letra J.

competencia fiscal. Por nuestra parte, no nos detendremos con el detalle propio de otros trabajos en su regulación, pues entendemos que se ha sabido construir un cuerpo doctrinal consistente y coherente¹²⁷. En este apartado, por tanto, recordaremos los principales elementos para considerar una medida como ayuda de Estado incompatible con el Tratado y evaluaremos la relevancia y límites de este instrumento en la lucha contra la competencia fiscal perjudicial, con especial énfasis en su capacidad para dar respuesta a las manifestaciones más recientes de este fenómeno.

3.1 La noción de ayuda de Estado

El artículo 107.1 TFUE no recoge en puridad una definición clara del concepto de ayuda de Estado, sino que se limita a enumerar de manera poco precisa las notas distintivas que permitirán calificar una determinada medida como incompatible con el mercado interior:

¹²⁷ Con especial extensión se ocupan de esta cuestión: SCHÖN, W., "Taxation and State Aid Law in the European Union", *Common Market Law Review*, Vol. 36, núm. 5, 1999, págs. 911-936; FANTOZZI, A. "The applicability of State Aid Rules to Tax Competition Measures: A Process of 'De Facto' Harmonization in the Tax Field?", en AA.VV., *Tax Competition in Europe*, director: Wolfgang Schön, IBFD, Amsterdam, 2003, págs. 121-152; PINTO, C., "Tax Competition and EU Law", *op. cit.*, págs. 97-193; ROSSI-MACCANICO, P., "Gli aiuti di Stato e I regimi fiscali agevolativi", en AA.VV., *Lo stato della fiscalità nell'Unione Europea. L'esperienza e l'efficacia della armonizzazione*, Tomo II, coordinador: Adriano di Pietro, Ministero dell'Economia e delle Finanze, 2003, págs. 963-996; KIEKEBELD, B.J., "Harmful tax competition in the European Union: code of conduct, countermeasures and EU law", págs. 66 y ss.; LAROMA JEZZI, P. "Principi tributari nazionali e controllo sopranazionale sugli aiuti fiscali", *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, núm. 1, 2004, págs. 91 y ss.; ALDESTAM, M., *EC state aid rules applied to taxes : an analysis of the selectivity criterion*, Iustus Förlag, Uppsala, 2005; MAMELLI, G., *Aiuti di Stato e coerenza dei sistemi tributari. Tra non discriminazione, libertà economiche e territorialità*, Tesi di Ricerca, Università di Bologna, 2006; MARTÍN LÓPEZ, J., "Competencia fiscal perjudicial y Ayudas de Estado en la Unión Europea", *op. cit.*, págs. 237-406; ROSSI-MACCANICO, P., "A review of state aid in multinational tax regimes", *Tax Notes International*, Vol. 46, núm. 9, 2007, págs. 941-960; AAVV. *Agevolazioni fiscali e aiuti di Stato*, a cura di Manilio Ingrosso y Giuseppe Tesauro, Jovene Editore, Nápoles, 2009; DOS SANTOS, A. C., "L'Union européenne et la regulation de la concurrence fiscale", *op. cit.*, págs. 389-541; MANZANO SILVA, E., *Ayudas de Estado de carácter fiscal: régimen jurídico*, Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria, núm. 55, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009; SÁNCHEZ RIDELSKI, M., "Distinction between State Aid and General Tax Measures", *EC Tax Review*, 2010-4, págs. 149-155; DE JUAN CASADEVALL, J., "Ayudas de Estado e Imposición Directa en la Unión Europea", *op. cit.*; LUJA, R. H. C., "(Re)shaping Fiscal State Aid: Selected Recent Cases and Their Impact", *Intertax*, Vol. 40, núm. 2, 2012, págs. 120-131.

1. Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

Antes que nada hay que recordar que, tal y como se ha ocupado de resaltar la jurisprudencia, este procedimiento también resulta aplicable a las ayudas de índole fiscal aunque no transfieran directamente recursos, sino que simplemente conllevan unas menores cargas financieras para los beneficiados¹²⁸.

Hecha esta aclaración, queremos comenzar señalando que la indefinición de este artículo ha permitido a la Comisión¹²⁹ y al TJUE¹³⁰ dar un paso al frente e intervenir activamente en la construcción del concepto de ayuda de Estado; tanto a través de instrumentos de *soft law*, como por medio de los respectivos pronunciamientos jurisprudenciales.

El papel de la Comisión como actor principal en la aplicación de este precepto se entiende cuando observamos que el artículo 118 TFUE le confiere la misión de “examinar permanentemente”, junto con los Estados miembros, los regímenes de ayudas existentes en la UE. El artículo 118.2 TFUE, más concretamente, recoge el procedimiento que puede desembocar en una decisión de la Comisión declarando la incompatibilidad de una ayuda concreta:

¹²⁸ Así se recogió ya en la primigenia Sentencia de 23 de febrero de 1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg*, asunto 30/59, con base en el Tratado de la CEEA, en el que el Tribunal de Justicia confirmó que: “el concepto de ayuda (...) comprende no sólo prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también intervenciones que, de diversas maneras, aligeran las cargas que normalmente gravan el presupuesto de una empresa y que, por tanto, sin ser subvenciones en el sentido estricto de la palabra, tienen el mismo carácter e idénticos efectos”. Posteriormente, ya en relación a Tratados comunitarios que recogían un precepto equivalente al actual art. 107.1 TFUE, el Tribunal de Luxemburgo ha aplicado dichos preceptos en infinidad de ocasiones al ámbito fiscal. Véanse, entre las primeras, las SSTJUE de 22 de marzo de 1977, *Steinike und Weiling*, asunto C-78/76; de 11 de noviembre de 1987, *Comisión/Francia*, asunto C-259/85 o de 15 de marzo de 1994, *Banco Exterior de España*, asunto C-387/92.

¹²⁹ De este hecho advierte: FANTOZZI, A. “The applicability of State Aid Rules to Tax Competition Measures: A Process of ‘De Facto’ Harmonization in the Tax Field?”, *op. cit.*, pág. 121.

¹³⁰ MARTÍN LÓPEZ, J., “Competencia fiscal perjudicial y Ayudas de Estado en la Unión Europea”, *op. cit.*, pág. 257.

2. Si, después de haber emplazado a los interesados para que presenten sus observaciones, la Comisión comprobare que una ayuda otorgada por un Estado o mediante fondos estatales no es compatible con el mercado interior en virtud del artículo 107, o que dicha ayuda se aplica de manera abusiva, decidirá que el Estado interesado la suprima o modifique en el plazo que ella misma determine.

En su papel de intérprete única de la decisión de incompatibilidad inicial (sin menoscabo de su posterior paso por los Tribunales comunitarios tras el recurso estatal, que tendrán la última palabra), la Comisión emitió en 1998 una importantísima Comunicación en la que precisaba los parámetros que orientarían sus decisiones respecto a la compatibilidad de las ayudas de Estado en materia fiscal¹³¹. En concreto, señalaba cuatro criterios que debía satisfacer cumulativamente una medida para recibir esta calificación¹³²:

- 1) la medida debe ofrecer a sus beneficiarios una ventaja que aligere las cargas que, por regla general, gravan su presupuesto.
- 2) la ventaja debe ser concedida por el Estado o mediante fondos estatales. Una disminución de los ingresos fiscales equivale al consumo de fondos estatales en forma de gastos fiscales.
- 3) dicha medida debe afectar a la competencia y los intercambios entre los Estados miembros.
- 4) la medida debe ser específica o selectiva en el sentido de favorecer a «determinadas empresas o producciones». Este carácter de ventaja selectiva puede ser resultado de una excepción a las disposiciones fiscales de naturaleza legislativa, reglamentaria o administrativa, como también de una práctica discrecional por parte de la administración fiscal.

¹³¹ La ya antes citada: *Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas*, de 10 de diciembre de 1998, 98/C 384/03.

¹³² 98/C 384/03, apartados 9-12.

A pesar de que en su Comunicación los desarrolla con mayor extensión, estos cuatro criterios han sido objeto de importantes matizaciones, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia comunitaria; una jurisprudencia que ha sido crucial para determinar el alcance real de la aplicación del régimen de las ayudas de Estado al ámbito fiscal. Pasemos a examinar cómo queda configurado este régimen y cuál es su papel en el marco de la actual UE.

3.2 La selectividad y el beneficio económico: dos criterios en uno

En primer lugar, queremos apuntar nuestra adhesión a la posición defendida por el profesor MARTÍN LÓPEZ, que propone una fusión entre los criterios 1) y 4) enumerados anteriormente. Es decir, consideramos equivalentes en el ámbito tributario la obtención de una ventaja y el carácter selectivo de la medida. Como afirma el autor: “resulta tautológico exigir que la medida tributaria dispense una ventaja de índole selectiva, en tanto supone desconocer que, técnicamente, la concesión de una ventaja implica, *per se*, un tratamiento selectivo por el cual se beneficia tan sólo a sujetos específicos”¹³³. Por tanto, para referirnos a estos dos criterios conjuntamente adoptaremos el concepto de “ventaja fiscal”, entendida esta como “aquellas desviaciones del régimen tributario ordinario vigente en un concreto Estado que benefician, de manera selectiva, a ciertos contribuyentes”¹³⁴.

¹³³ El autor basa este razonamiento en la diferencia existente entre los conceptos de *beneficio* y *ventaja*. Mientras que el beneficio implica únicamente la mejora objetiva del estado financiero de una entidad, la ventaja supone, por definición, la obtención de una posición mejor que otras empresas. En palabras del autor, “la ventaja no equivale pues a beneficio, sino a beneficio selectivo”. Por tanto, si se parte como primer criterio de la existencia de una ventaja, estaremos exigiendo implícitamente que las medidas fiscales tengan carácter selectivo. Al considerar como primer criterio la obtención de una ventaja, la exigencia de selectividad por parte de la Comisión resulta redundante. Siendo coherente con esta postura, el autor propone la reducción de los criterios a tres. MARTÍN LÓPEZ, J., “Competencia fiscal perjudicial y Ayudas de Estado en la Unión Europea”, *op. cit.*, págs. 324-325. Este error de la Comisión se constata cuando emplea el vocablo “ventaja selectiva” para definir el cuarto criterio. Véase: 98/C 384/03, apartado 12.

¹³⁴ MARTÍN LÓPEZ, J., “Competencia fiscal perjudicial y Ayudas de Estado en la Unión Europea”, *op. cit.*, págs. 330.

En este punto nos enfrentamos a uno de los principales límites de la normativa en materia de ayudas de Estado: únicamente se consideran incompatibles con el Tratado aquellas medidas que favorezcan a empresas concretas mediante una desviación respecto al marco común de tributación de cada Estado¹³⁵. De este modo, una reducción de la alícuota del impuesto sobre sociedades aplicable a todas las empresas sin excepción queda excluida del concepto de selectividad y, por tanto, de su persecución por medio del instrumento de las ayudas de Estado. En cambio, una minoración de este mismo impuesto concedida únicamente a sectores concretos de la actividad empresarial, aunque afecte a un gran número de empresas, sí que puede considerarse una ventaja fiscal¹³⁶.

Esta concepción de las ventajas fiscales presente en la Comunicación de 1998 está vinculada muy estrechamente a los criterios establecidos en el *Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas* aprobado en 1997 por el Consejo ECOFIN para identificar la competencia fiscal perjudicial¹³⁷. Este hecho no debe sorprendernos si tenemos en cuenta que el propio Código en su letra J recogía el compromiso de la Comisión para publicar esta

¹³⁵ No obstante, la doctrina advierte que este criterio de selectividad “ha sido objeto de una interpretación amplia, generosa y flexible por la Comisión y la jurisprudencia comunitaria, hasta el punto de que auténticas medidas generales han merecido el calificativo de ayudas selectivas. De esta forma ha quebrado la distinción entre medidas generales y específicas, que, desde un plano normativo, deberían ser acreedoras de distinta respuesta jurídica”. Véase: DE JUAN CASADEVALL, J., “Ayudas de Estado e Imposición Directa en la Unión Europea”, *op. cit.*, pág. 332. En concreto, el autor considera que las respectivas respuestas jurídicas serían el régimen de ayudas de Estados para las medidas específicas y el régimen de los artículos 116 y 117 TFUE para las generales. El carácter casi inédito de estos instrumentos puede explicar por qué la Comisión ha apostado por otra vía para las medidas generales; tampoco es casualidad que haya elegido aquella sobre la que tiene un mayor poder de control.

¹³⁶ Al hilo de esta cuestión resulta interesante recordar el paradigmático caso de Irlanda. A pesar de que llevaba varios años aplicando un tipo especial del 10% en el impuesto sobre sociedades a determinadas sectores, principalmente el industrial (frente al 45% aplicable con carácter general) hubo de esperar hasta la publicación de esta Comunicación para la apertura, casi simultánea, de un procedimiento de infracción por parte de la Comisión al considerar que esta reducción sectorial era una ayuda de Estado incompatible. Para esquivar la decisión de la Comisión (Decisión de la Comisión, de 22 de julio de 1998, asunto *Irish Corporation Tax*), Irlanda decidió extender a todas las empresas la aplicación de un tipo del 12,5% en el impuesto sobre sociedades, aún hoy vigente. Véase: STEICHEN, A., “Tax Competition in Europe or the Taming of Leviathan”, en AA.VV. *Tax Competition in Europe*, coordinador: Wolfgang Schön, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 2003, pág. 90 y DE LUCA, A. y PERACIN, G., “La legislazione fiscale irlandese quale elemento di distorsione nella scelta allocativa d'impresa in ambito comunitario”, *Il Fisco*, núm. 26, 2006, págs. 4017 y ss.

¹³⁷ En concreto, la letra B del Código recogía que debían considerarse potencialmente perniciosas “las medidas fiscales que impliquen un nivel impositivo efectivo considerablemente inferior, incluido el tipo cero, al aplicado habitualmente en el Estado miembro de que se trate”.

Comunicación con “las directrices para la aplicación de las normas sobre ayudas de Estado a las medidas relacionadas con las fiscalidad directa de las empresas”¹³⁸.

En el primer capítulo ya indicamos que somos partidarios de ampliar el marco de comparación de las medidas perjudiciales a todo el mercado interior y no solo a un Estado concreto. Sin embargo, la actual configuración de las ayudas de Estado imposibilita aparentemente que este instrumento pueda emplearse para combatir los efectos que las medidas generales puedan tener sobre el principio de libre competencia¹³⁹.

No obstante, sí que podremos admitir aquellas situaciones en que una medida formalmente general acabe beneficiando a empresas o sectores concretos por condicionar su aplicación a determinados factores o por sujetar su concesión a criterios discrecionales¹⁴⁰.

¹³⁸ Código de Conducta, letra J. En este mismo apartado quedaba plasmada la intención de la Comisión por reevaluar los regímenes fiscales vigentes en los Estados miembros así como los nuevos proyectos normativos. En la Comunicación de la Comisión se recuerda el carácter independiente de ambos instrumentos a la par que su estrecha conexión. Véase: 98/C 384/03, apartado 30.

¹³⁹ En la propia Comunicación de 1998 la Comisión ya se hacía eco del alcance limitado de las ayudas de Estado, que no podrían emplearse contra “medidas abiertas a todos los agentes económicos que actúan en el territorio de un Estado miembro”. Véase: 98/C 384/03, apartado 13. Posteriormente, el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (ahora Tribunal General) reconoció en sendas sentencias de 6 de marzo de 2002, *Daewoo y Ramondín*, asuntos acumulados T-127/99, T-129/99 y T-148/99 y T-92/00 y T-103/00, respectivamente, que “las medidas de alcance puramente general no están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 92, apartado 1 del Tratado (actual art. 107.1), apartados 149 y 31 respectivamente.

¹⁴⁰ El TJUE ha considerado, por ejemplo, que es selectiva una medida general que incentiva las actividades de exportación. El motivo, reproducido en varias sentencias, es que esta medida únicamente beneficiaría a las empresas que desarrollan actividades de exportación. Véanse: Sentencia de la Corte de 10 de diciembre de 1969, *Francia/Comisión*, asuntos acumulados 6 y 11/69, apartado 20 y SSTJUE de 7 de junio de 1988, *Grecia/Comisión*, asunto C-57/86, apartado 8 y de 15 de julio de 2004, *España/Comisión*, asunto C-501/00, apartado 120. Coincidimos en este punto con las críticas vertidas por algunos autores a esta extensión tan forzada del concepto de selectividad. En este sentido: FALCÓN Y TELLÁ, R. “La desorbitada expansión del concepto de ayuda de Estado en la práctica reciente de la Comisión, el ejemplo de la decisión de 31 de octubre de 2000, relativa a la deducción por actividades exportadoras contemplada en el artículo 34 de la LIS”, *Quincena Fiscal*, núm. 7, 2001, págs. 5-6; KURCZ, B. y VALLINDAS, D., “Can general meauseres be...selective? Some thoughts on the interpretation of a State aid definition”, *Common Market Law Review*, Vol. 45, 2008, págs. 167-168 o JUAN CASADEVALL, J., “Ayudas de Estado e Imposición Directa en la Unión Europea”, *op. cit.*, pág. 336. No obstante, a pesar de que pueda resultar forzada esta interpretación expansiva de la selectividad (incluso más que en el asunto Gibraltar que examinamos posteriormente), estamos totalmente de acuerdo en el carácter pernicioso desde el punto de vista de la competencia comunitaria que un Estado subvencione las actividades de exportación. De hecho, encontramos el fundamento contra estas medidas en el mismo artículo 112 TFUE:

En relación al cumplimiento de determinadas condiciones, la jurisprudencia comunitaria ha sostenido que es igualmente selectiva una medida destinada a la generalidad del ordenamiento pero que restringe su aplicación al cumplimiento de circunstancias que limitan su disfrute a determinadas empresas¹⁴¹. Esta afirmación podría, en principio, conducirnos a pensar que cualquier criterio objetivo podría limitar la aplicación del beneficio a determinadas empresas y determinar, por tanto, la aplicación del régimen de ayudas de Estado. Sin embargo, como bien aclara el propio TJUE, la selectividad concurrirá únicamente cuando “en el marco de un régimen jurídico concreto, una medida nacional puede favorecer a «determinadas empresas o producciones» en relación con otras que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable”¹⁴². Es decir, el artículo 107.1 impide que determinadas medidas supuestamente generales se apliquen únicamente a determinadas

“Artículo 112

En cuanto a los tributos distintos de los impuestos sobre el volumen de negocios, los impuestos sobre consumos específicos y los otros impuestos indirectos, no se podrán conceder exoneraciones ni reembolsos a las exportaciones a los demás Estados miembros ni imponer gravámenes compensatorios a las importaciones procedentes de los Estados miembros, a menos que las medidas proyectadas hubieren sido previamente aprobadas por el Consejo, a propuesta de la Comisión, para un período de tiempo limitado.”

Por tanto, en ausencia de otros medios para bloquear estas medidas, nos declaramos satisfechos con el resultado obtenido: los instrumentos comunitarios deben estar al servicio de la defensa de los principios fundamentales del Tratado.

¹⁴¹ En las sentencias del TGUE de 6 de marzo de 2002, *Daewoo y Ramondín*, asuntos acumulados T-127/99, T-129/99 y T-148/99 y T-92/00 y T-103/00, respectivamente, el Tribunal sostuvo la selectividad de los incentivos fiscales previstos en la normativa foral de la Diputación de Álava dado que por sus altas exigencias en términos de inversión o número de trabajadores, únicamente eran aplicables a empresas de grandes recursos económicos (apartados 157 y 49-50 respectivamente). Igualmente, el Tribunal de Justicia ha sostenido en su jurisprudencia que para apreciar la selectividad no hay que atender únicamente a las causas o los objetivos de las intervenciones estatales sino a sus verdaderos efectos. Véanse, en este sentido: SSTJUE de 29 de febrero de 1996, *Bélgica/Comisión*, asunto C-56/93, apartado 79; de 13 de febrero de 2003, *España/Comisión*, C-409/00, apartado 46; y de 22 de diciembre de 2008, *British Aggregates Association*, C-487/06, apartado 85. Recordamos que desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el anterior Tribunal de Primera Instancia pasa a denominarse Tribunal General, por ello aunque la mayoría de las sentencias examinadas de este Tribunal sean anteriores al cambio de denominación, emplearemos las iniciales del Tribunal General de la Unión Europea, TGUE.

¹⁴² SSTJUE de 8 de noviembre de 2001, *Adria-Wien Pipeline*, asunto C-143/99, apartado 41; de 6 de septiembre de 2006, *Portugal/Comisión*, C-88/03, apartado 54; de 15 de noviembre de 2011, *Gibraltar*, asuntos acumulados C-106/09 y C-107/09, apartado 75. Sentencias del Tribunal General de 11 de junio de 2009, *Italia/Comisión*, asunto T-222/04, apartado 60 y de 1 de julio de 2010, *BNL*, asunto T-335/08, apartado 160.

empresas o producciones de modo discriminatorio respecto a otras que, en principio, reunían los requisitos objetivos para su aplicación¹⁴³.

El alcance de este tipo de “selectividad camuflada”¹⁴⁴ se puede apreciar con claridad en la Sentencia del TJUE de 15 de noviembre de 2011, que confirma la incompatibilidad del régimen de imposición sobre sociedades de Gibraltar¹⁴⁵. En esta sentencia, el Tribunal asevera que las especiales características del régimen general que se pretende aplicar en Gibraltar¹⁴⁶ (que configura la base imponible únicamente en función del número de trabajadores y de los locales ocupados) producen un efecto discriminatorio al excluir *de facto* la tributación de las sociedades extraterritoriales o *off-shore*. Dado que este régimen tiene vocación de aplicación general y las sociedades extraterritoriales se ven favorecidas respecto a “otras que se encuentren en una situación fáctica

¹⁴³ MARTÍN LÓPEZ en su excepcional trabajo de 2006 trae a colación la aplicación de este criterio de no discriminación, cuya aplicación al ámbito de la selectividad fue esbozado por primera vez en la sentencia de 8 de noviembre de 2001, *Adria-Wien Pipeline*, asunto C-143/99, apartado 41 y en las conclusiones de dos Abogados Generales: LA PERGOLA, en sus Conclusiones de 12 de noviembre de 1998, Bélgica/Comisión, asunto C-75/97, apartado 8 y POIARES MADURO, en sus Conclusiones de 1 de abril de 2004, España/Comisión, asunto C-276/02, nota al pie 17. Resulta paradójico el recóndito paraje en que hallamos estas líneas escritas por este último: “(l)a selectividad se opone no a la generalidad, sino a la *igualdad de trato*, y supone que, dentro de una categoría común de operadores, algunos son elegidos para acceder a un trato *privilegiado*” (la cursiva es del propio AG).

¹⁴⁴ SCHÖN, W., “Taxation and State Aid Law in the European Union”, *op. cit.*, pág. 933. El autor emplea el término en inglés *disguised selectivity*.

¹⁴⁵ STJUE de 15 de noviembre de 2011, *Gibraltar*, asuntos acumulados C-106/09 y C-107/09. En esta causa, el Tribunal de Justicia anula una STGUE (de 18 de diciembre de 2008, Government of Gibraltar y Reino Unido/Comisión, asuntos T-211/04 y T-215/04) y, por tanto, restituye la *Decisión 2005/261/CE de la Comisión, de 30 de marzo de 2004, sobre el régimen de ayudas que el Reino Unido tiene previsto ejecutar con respecto a la reforma del impuesto de sociedades del Gobierno de Gibraltar*, anulada por la STGUE (entonces aún Tribunal de Primera Instancia) y en la que se declaraba la incompatibilidad del sistema gibraltareño con el régimen de ayudas de Estado. En relación a la STGUE, recomendamos: MANZANO SILVA, E., “La adecuación del régimen tributario gibraltareño a las normas comunitarias sobre ayudas de estado a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria”, *Nueva fiscalidad*, núm. 3, 2009, págs. 135-177.

¹⁴⁶ Tal y como se explica en los apartados 21 a 25 de la STGUE de 18 de diciembre de 2008, que anuló en un primer momento la Decisión de incompatibilidad de la Comisión, el sistema de imposición introducido por la reforma fiscal y aplicable a todas las sociedades establecidas en Gibraltar estaría integrado por un impuesto sobre el número de empleados (*payroll tax*), un impuesto por superficie ocupada (*business property occupation tax* o BPOT) y una tasa de registro (*registration fee*). El impuesto sobre el número de empleados sería de 3.000 GBP por empleado y año; el impuesto por superficie ocupada (BPOT) suponía un porcentaje del tipo general al que estaban sujetas las sociedades con arreglo al impuesto de bienes inmuebles en Gibraltar y la tasa de registro únicamente imponía un importe anual de 150 GBP para las sociedades no destinadas a generar ingresos y de 300 GBP para las sociedades destinadas a generar ingresos. En todo caso, el límite máximo del impuesto sobre el número de empleados y del BPOT sería el 15 % de los beneficios.

y jurídica comparable”, el Tribunal estima que concurre la selectividad necesaria para considerar este régimen incompatible con el art. 107 TFUE¹⁴⁷. Esta tendencia a analizar las posibles consecuencias selectivas de la norma general nos recuerda a la criticada aplicación *de facto* de los dos primeros criterios del Código de Conducta para calificar una medida como perjudicial¹⁴⁸.

De todos modos, como advierte SÁNCHEZ RYDELSKI, no existen normas claras respecto a cuándo una medida puede considerarse general, pues siempre existe el riesgo de que aplicando criterios objetivos en la concesión de una ventaja se esté favoreciendo a determinados sujetos respecto a otros. Por tanto, advierte el autor: “an assessment has to be made on a case-by-case basis by examining the measure at stake in the context of the national legal tax system and by looking at its *de facto* effects”¹⁴⁹.

Respecto a las prácticas administrativas discrecionales¹⁵⁰, gran parte de la doctrina se ha mostrado contraria a la rigidez mostrada por los tribunales comunitarios, que han venido considerando casi de forma automática que una medida es selectiva cuando la Administración tiene discrecionalidad para establecer sus destinatarios o sus términos de aplicación¹⁵¹.

¹⁴⁷ En concreto, el razonamiento del Tribunal en los apartados 106 y 107 es el siguiente:

“106. A este respecto, es preciso observar que la circunstancia de que las sociedades extraterritoriales no estén sujetas a imposición no es una consecuencia aleatoria del régimen de que se trata, sino la consecuencia ineluctable del hecho de que las bases imponibles estén precisamente concebidas de forma que las sociedades extraterritoriales, que por su naturaleza no tienen empleados ni ocupan locales, no disponen de base imponible con arreglo a lo dispuesto en el proyecto de reforma fiscal.

107. De este modo, el hecho de que las sociedades extraterritoriales, que constituyen, por lo que se refiere a las bases imponibles previstas en el proyecto de reforma fiscal, un grupo de sociedades, no estén sujetas a la imposición, precisamente debido a las características propias y específicas de dicho grupo, permite considerar que las mencionadas sociedades se ven favorecidas por ventajas selectivas”.

¹⁴⁸ Las críticas contra esta preponderancia de los efectos prácticos en las medidas evaluadas por el Grupo están recogidos en el apartado 2.4.3 de este mismo capítulo.

¹⁴⁹ SÁNCHEZ RYDELSKI, M., “Distinction between State Aid and General Tax Measures”, *EC Tax Review*, 2010-4, pág. 155.

¹⁵⁰ Estas prácticas se recogen expresamente en: 98/C 384/03, apartados 21 y 22; en los que se hace referencia a la STJUE de 26 de septiembre de 1996, *Kimberly Clark Sopalin*, asunto C-241/94, que reconoce que la facultad discrecional de la Administración va más allá de la simple gestión de los ingresos fiscales. La falta de transparencia contribuye también a cimentar la presunción en favor de la selectividad de la medida. PINTO, C., “Tax Competition and EU Law”, *op. cit.*, pág. 149.

¹⁵¹ Por ejemplo, en la STJUE de 9 de septiembre de 2009, *Confesbank*, asuntos T-227/01 a T-229/01, T-265/01, T-266/01 y T-270/01, apartado 171, el Tribunal reconoce que “para excluir la

En nuestra opinión, la existencia de discrecionalidad constituye una presunción de selectividad difícil de destruir¹⁵². De hecho, consideramos que solo cabrá articular una prueba en contrario cuando se pueda demostrar que los supuestos de aplicación de esta medida están ya cerrados y que ningún nuevo sujeto puede acogerse a la misma, siendo perfectamente identificables los supuestos previos y constatándose en todos ellos que no ha existido arbitrariedad o discriminación. En todos los demás supuestos, en que la Administración pueda aún potencialmente alterar las condiciones de aplicación de la medida o influir en sus destinatarios, creemos que se puede presumir el carácter selectivo de la medida. Sería absolutamente contrario a la economía procesal tener que catalogar una por una todas las decisiones discrecionales tomadas al amparo de un determinado régimen para estimar si concurre o no la selectividad. Peor aún, vulneraría claramente el principio de confianza legítima reabrir el juicio de compatibilidad de una medida, inicialmente aceptada, porque se demuestre posteriormente su uso arbitrario o discriminatorio. Bajo estas premisas, consideramos aceptable construir una presunción de selectividad cuando la Administración goce de facultades discrecionales¹⁵³.

Otra posible causa de selectividad, en la que no profundizaremos en este trabajo, es el alcance estrictamente regional de las medidas. En resumen

calificación de medida general no es preciso verificar si el comportamiento de la administración tributaria es arbitrario. Basta con acreditar, como se ha hecho en el caso de autos, que la citada administración dispone de una facultad de apreciación discrecional". Entre los autores que critican esta postura: MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., "El concepto de ayuda de Estado y las normas tributarias: problemas de delimitación del ámbito de aplicación del art. 87.1 TCE", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 196, 2001, pág. 99; BORDIU, G. S., "Reflexiones sobre las medidas fiscales que pueden ser consideradas ayudas de Estado encubiertas y las medidas que fomentan el traslado de empresas en la Unión Europea", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 235-236, 2004, pág. 17; MARTÍN LÓPEZ, J., "Competencia fiscal perjudicial y Ayudas de Estado en la Unión Europea", *op. cit.*, pág. 342; DOS SANTOS, A. C., "L'Union européenne et la regulation de la concurrence fiscale", *op. cit.*, pág. 520, nota al pie 102 o DE JUAN CASADEVALL, J., "Ayudas de Estado e Imposición Directa en la Unión Europea", *op. cit.*, pág. 335. En opinión de estos autores, la discrecionalidad únicamente determinará la selectividad de una medida si se verifica que la Administración hace uso de estas facultades para adoptar decisiones arbitrarias o discriminatorias.

¹⁵² A favor de esta presunción se expresa también: PINTO, C., "EC State Aid Rules and Tax Incentives: a U-Turn in Commission Policy? (Part II)", *European Taxation*, Vol. 39, núm. 9, 1999, pág. 345.

¹⁵³ No olvidemos, además, que uno de las nuevas líneas de trabajo del Código de Conducta son precisamente los *rulings*. Al hilo de los trabajos del Grupo se ha podido comprobar la opacidad y falta de transparencia imperante en todos los Estados. Por ello, mientras no existan avances significativos en este campo, creemos que la realidad de la UE ha demostrado la utilidad de adoptar una postura precavida respecto a las facultades discrecionales de los Estados miembros.

podríamos decir que la Comisión calificará como ayudas de Estado incompatibles aquellas ventajas fiscales que únicamente sean de aplicación en un territorio concreto de un Estado miembro¹⁵⁴. No obstante, existen varias situaciones catalogadas dentro del propio artículo 107.3 TFUE en que una ayuda regional selectiva puede declararse compatible con el Tratado, principalmente por estar orientadas a compensar las disparidades regionales¹⁵⁵.

3.3 La concesión mediante fondos estatales

El segundo de los requisitos para calificar una determinada medida como ayuda de Estado incompatible conforme al art. 107.1 TFUE es que estas sean “otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma”. En el ámbito fiscal, la propia Comisión se encargó de aclarar en su

¹⁵⁴ Como advierte MARTÍN LÓPEZ, esta concepción de las ayudas regionales colisiona en principio frontalmente con la distribución del poder tributario en Estados descentralizados como España o Alemania. Véase: MARTÍN LÓPEZ, J., “Competencia fiscal perjudicial y Ayudas de Estado en la Unión Europea”, *op. cit.*, págs. 352-387. Los límites a la soberanía de los territorios subestatales y el concepto de selectividad regional se han elaborado en gran medida a raíz del gran número de procedimientos ante las instituciones comunitarias que ha debido de afrontar el intenso programa de incentivos fiscales de las Haciendas Forales vascas en los años 80 y 90. Tal y como recoge LAMPREAVE VÁZQUEZ, la Sentencia de 6 de septiembre de 2006, Azores, asunto C-88/03, supuso un punto de inflexión en la concepción de las medidas regionales selectivas. Véase: LAMPREAVE VÁZQUEZ, P., “La Competencia Fiscal Desleal en los Estados Miembros de la Unión Europea”, *op. cit.*, págs. 86-87. En concreto, la sentencia reconocía que el marco de comparación debía ser el territorio concreto en que se aplicaran las medidas si este tenía un poder tributario propio constitucionalmente reconocido, la medida se aplicaba indistintamente a todas las empresas y, sobre todo, que la caída de ingresos no pudiese ser compensada por la Administración estatal. Concurren por tanto la autonomía institucional, procedimental y financiera. De hecho, la confirmación de que las ventajas fiscales concedidas por las Haciendas forales vascas constituían ayuda de Estado mediante la resolución del TJUE de 9 de septiembre de 2009, asuntos acumulados T-230/01, T-231/01, T-232/01, T-267/01, T-268/01 y T-269/01, no ha estado basada en la selectividad regional, sino en la selectividad material, al estar específicamente orientadas a empresas con grandes recursos. Al respecto, resultan de especial trascendencia las *Directrices sobre las ayudas de Estado de finalidad regional para el período 2007-2013* (2006/C 54/08).

¹⁵⁵ En concreto los apartados a) y c):

a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo, así como el de las regiones contempladas en el artículo 349, habida cuenta de su situación estructural, económica y social;

c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;

Comunicación de 1998 que: “Una disminución de los ingresos fiscales equivale al consumo de fondos estatales en forma de gastos fiscales”¹⁵⁶. Por tanto, este requisito siempre se verá cumplido con las ayudas de índole fiscal que supongan la concesión de un tratamiento jurídico privilegiado, dado que implican una disminución de los ingresos fiscales desde el punto de vista de las previsiones presupuestarias. Además, como nos recuerda la Comisión, el TJUE ha reconocido que dentro de la concepción de fondos estatales están las ayudas otorgadas por entes subestatales como las entidades regionales o las locales¹⁵⁷.

Por otro lado, la Comisión ha hecho un esfuerzo por aplicar este concepto a los incentivos orientados a atraer inversiones extranjeras, a pesar de que estos puedan tener como resultado neto un incremento de la recaudación. Aunque parte de la doctrina se muestra contraria a extender la concepción de ayudas de Estado a este tipo de medidas¹⁵⁸, nuestra opinión es diferente. Si la empresa es atraída por un régimen privilegiado que no resulta de aplicación a las empresas nacionales, cuando esta empresa se instale y comience a operar en competencia con las demás, lo estará haciendo en condiciones privilegiadas conferidas por una medida aplicada selectivamente y con fondos estatales. Aunque el Estado se beneficie por incrementar su recaudación, el marco de comparación del empleo de los fondos estatales debe ser el de una empresa comparable. No cabe, por tanto, realizar un análisis global de las ventajas económicas de atraer estas empresas, sino atender a si, en el supuesto concreto, el Estado obtendría los mismos ingresos de una empresa comparable a la que no hubiera concedido este trato favorable. Tras la sentencia del asunto Gibraltar, además, ha quedado claro que el Tribunal no va a eludir la aplicación del régimen de ayudas de Estado a supuestos de discriminación inversa en favor de sociedades no residentes.

En otro orden de cosas, aunque sea un elemento en conexión con la selectividad, también queremos recordar que los tribunales comunitarios han

¹⁵⁶ Véase: 98/C 384/03, apartado 10.

¹⁵⁷ *Ibidem*. En concreto en la STJUE de 14 de octubre de 1987, *Alemania/Comisión*, asunto 248/84, apartado 17.

¹⁵⁸ Entre otros SCHÖN, W., “Taxation and State Aid Law in the European Union”, *op. cit.*, pág. 919,

sostenido que pueden entrar dentro de la categoría de ayudas de Estado aquellas medidas que generen disparidades entre empresas porque incrementen la carga tributaria únicamente sobre algunas de ellas¹⁵⁹. Así lo reconoció ya en la STJUE de 8 de noviembre de 2001, *Adria-Wien Pipeline*, asunto C-143/99 y así lo ha confirmado, por ejemplo, en la más reciente Sentencia del Tribunal General de 7 de marzo de 2012, *British Aggregates Association*, asunto T-210/02 RENV. El principal argumento en ambos supuestos, que versaban sobre impuestos con teórica finalidad medioambiental que excluían de su gravamen a determinadas empresas o productos, era que dicha diferencia de trato debía estar justificada por dichos motivos ambientales; de no estarlo, como fue el caso en ambos asuntos, dicha medida sería materialmente selectiva¹⁶⁰. Fuera del ámbito medioambiental, el reciente asunto *Gibraltar*, también constata que esta exclusión no debe ser expresa, sino que puede ser fáctica, al derivarse de los propios criterios que caracterizan el gravamen¹⁶¹.

¹⁵⁹ En contra de esta afirmación: MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., “El concepto de ayuda de Estado y las normas tributarias: problemas de delimitación del ámbito de aplicación del art. 87.1 TCE”, *op. cit.*, pág. 109. La justificación del autor es que no existe una reducción de las entradas fiscales a pesar de que pueda existir un ataque a los principios de no discriminación o igualdad y, por tanto, no existe un empleo de fondos estatales.

¹⁶⁰ En el asunto *Adria-Wien Pipeline* en concreto el Tribunal se expresa en los siguientes términos: “las consideraciones de orden ecológico en las que se basa la legislación nacional controvertida en los procedimientos principales no justifican que se trate de distinta forma el uso de gas natural o de energía eléctrica en el sector de las empresas que prestan servicios y en el sector de las empresas productoras de bienes corporales. El consumo de energía en cada uno de estos sectores es igualmente perjudicial para el medio ambiente”, apartado 52. El argumento en el más reciente asunto *British Aggregates Association* es muy similar: “la Comisión y el Reino Unido no han logrado demostrar que la diferenciación fiscal ligada a la exención de los áridos de arcilla, de pizarra, de caolín, de arcilla plástica y de esquisto esté justificada por el principio de imposición «normal» en el que se sustenta el AGL, o a la luz del objetivo medioambiental del AGL” (apartado 86). El profesor Ramos Prieto se plantea también la aplicación del régimen de ayudas de Estado a las empresas beneficiadas por la implantación del Impuesto sobre las bolsas de plástico de un solo uso en Andalucía (IBPSU) por medio del artículo 2 del Decreto-ley 4/2010, de 6 de julio, de medidas fiscales para la reducción del déficit público y para la sostenibilidad. El argumento es sencillo y similar a los enjuiciados en casos anteriores por el Tribunal: al perjudicar a las empresas productoras de bolsas de plástico se podría estar articulando una ayuda de Estado en favor de los productores de bolsas con otros materiales. En este caso, consideramos que la finalidad medioambiental está claramente definida, al contrario que sucedía en los casos que constituyen la jurisprudencia del TJUE. Véase al respecto: RAMOS PRIETO, J., “El impuesto sobre las bolsas de plástico de un solo uso (IBPSU) de Andalucía”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 327, 2012, págs. 107-126.

¹⁶¹ En la sentencia en concreto apenas se hace referencia al empleo de fondos estatales con una afirmación genérica, común a la mayoría de los pronunciamientos en materia de ayudas de Estado: “se deduce que una medida mediante la cual las autoridades públicas conceden a determinadas empresas un trato fiscal ventajoso que, aunque no implique una transferencia de

Por último, queremos recordar en este punto que una ventaja fiscal puede derivar también de una práctica administrativa que permita a determinadas empresas, a través de *rulings* o acuerdos concretos, eludir el esquema general de impuestos. En este contexto, resulta interesante traer a colación la situación de los clubes de fútbol profesional en España. La flexibilidad de la Administración española al exigir las elevadas deudas tributarias y por cotizaciones sociales de estos clubes, en claro contraste con los éxitos deportivos del fútbol español, ha llamado la atención de la Comisión¹⁶². Los laxos plazos y las escasas consecuencias deportivas de estos impagos pueden constituir una ayuda de Estado si se demuestra que el Estado español es más permisivo en el cobro de las deudas tributarias de los clubes de fútbol, situándolos en una posición de ventaja respecto a los clubes cumplidores¹⁶³. En ausencia de un procedimiento formal de infracción, deberemos permanecer atentos al impacto que puedan tener los esfuerzos del Estado español y de las instituciones deportivas por cambiar esta tendencia claramente perversa¹⁶⁴.

fondos estatales coloque a los beneficiarios en una situación financiera más favorable que a los restantes contribuyentes, constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 CE apartado 1 (actual 107.1 TFUE)". Véase: STJUE, de 15 de noviembre de 2011, *Gibraltar*, asuntos acumulados C-106/09 y C-107/09, apartado 72.

¹⁶² La información se obtiene originalmente de la noticia: *Spanish Soccer Tax Deals Probed as Madrid Teams Prosper*, Bloomberg, 24 abril 2012. Una portavoz de la Comisión, Marisa González, habría confirmado que la institución había solicitado información de manera informal al gobierno español acerca de los acuerdos con los clubes de fútbol para el pago de su deuda tributaria. Un caso llamativo es el del Atlético de Madrid, con una deuda acumulada de 115 millones de euros al que se le permite abonarla a razón de 15 millones de euros al año, al mismo tiempo que realizaba un desembolso de 40 millones de euros por el jugador colombiano Radamel Falcao, proveniente del Oporto F. C. Los recelos en otros Estados de la UE resultan, por tanto, lógicos. Véase: "Spanish's football clubs cause stir in Germany", *euobserver.com*, 16 de marzo de 2012.

¹⁶³ A la vista de que estos clubes compiten directamente con otros equipos europeos resulta evidente que existe también una distorsión a la competencia y que esta medida puede afectar a los intercambios comunitarios.

¹⁶⁴ De hecho, esta información vio la luz apenas un día antes de que se firmara el *Protocolo entre el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, el Consejo Superior de Deportes y la Liga de Fútbol Profesional*, el 25 de abril de 2012, en que acordaban un plan de urgencia para reducir las deudas de los clubes profesionales. Entre las principales medidas que se recogían en este documento encontramos, por ejemplo, la retención de hasta el 35% de los derechos televisivos para el pago de las deudas tributarias (Estipulación Primera, pág. 4), o la adopción de sanciones deportivas cuando se incumplan los plazos marcados por la Agencia Tributaria.

3.4 La distorsión a la competencia y la afectación a los intercambios comunitarios

Por último, para completar la declaración de incompatibilidad de una ayuda fiscal, el art. 107.1 TFUE recuerda que las medidas deben afectar a los intercambios comerciales entre Estados miembros y, a la par, falsear o amenazar con falsear la competencia. Estos dos requisitos, “indisociablemente unidos”¹⁶⁵ han sido interpretados de forma bastante amplia por el TJUE, que ha considerado suficiente que existiese una repercusión potencial en la competencia y el comercio comunitario¹⁶⁶. La Comisión se hace eco de esta posición y en su Comunicación advierte que, para que estos dos requisitos se cumplan, basta con que la empresa beneficiaria ejerza una actividad económica que sea objeto de intercambios entre los Estados miembros y que la ayuda consolide la posición de esta empresa frente a otras empresas competidoras¹⁶⁷. Siguiendo esta amplia línea interpretativa, reconoce además que no influirá en el juicio de incompatibilidad ni el volumen de la ayuda, ni la cuota de mercado del beneficiario ni su grado de participación en actividades de exportación¹⁶⁸.

De todos modos, como advierte la doctrina, existe una conexión directa entre estos dos principios y el de selectividad: aquellas normas tributarias que favorezcan a empresas específicas producirán, casi automáticamente, una distorsión potencial sobre la competencia y los intercambios comunitarios¹⁶⁹.

¹⁶⁵ STGUE de 15 de junio de 2000, *Alzetta Mauro*, asuntos acumulados T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 a 607/97, T-1/98, T-3/98 a T-6/98 y T-23/98, apartado 81.

¹⁶⁶ Como hace ver la STJUE de 14 de febrero de 1990, *Francia/Comisión*, asunto C-301/87, apartado 33: “si la Comisión tuviera que demostrar en su Decisión el efecto real de las ayudas ya otorgadas, se favorecería a los Estados miembros que conceden ayudas infringiendo el deber de notificación que impone el apartado 3 del artículo 93 del Tratado, en detrimento de los que las notifican en fase de proyecto”.

¹⁶⁷ 98/C 384/03, apartado 11.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ MARTÍN LÓPEZ, J., “Competencia fiscal perjudicial y Ayudas de Estado en la Unión Europea”, *op. cit.*, pág. 396.

3.5 La excepción (de la selectividad) por “la naturaleza o economía del sistema fiscal”

Aunque los requisitos anteriores se cumplan, la Comunicación de la Comisión recuerda que las ayudas estatales aparentemente incompatibles podrán aún admitirse si están justificadas de forma objetiva “por la naturaleza o la economía del sistema fiscal, es decir, si se derivan directamente de los principios fundadores o directivos el sistema fiscal del Estado miembro en cuestión”¹⁷⁰. Entre los ejemplos que pueden entrar dentro de esta justificación y que excluirían el carácter selectivo de las medidas podemos señalar:

- Un baremo progresivo en determinados impuestos, justificable desde la lógica redistributiva¹⁷¹.
- Las diferentes disposiciones en relación a la recaudación de las deudas fiscales, mientras no existe un tratamiento individualizado por la Administración¹⁷².
- Los regímenes especiales que atienden a las particularidades de los sectores ganadero, agrícola o a la situación de las PYMES¹⁷³.
- La exención en el impuesto sobre sociedades de las actividades de sociedades sin ánimo de lucro¹⁷⁴.

Como señala PINTO, existe una clara conexión entre la evaluación del carácter específico de la medida y su posible justificación. Mientras que el primer caso requiere de un análisis objetivo, este segundo parámetro exige un examen subjetivo de los motivos subyacentes para adoptar esta medida, ya sean de índole interna (progresividad, doble imposición) o externa (otros fines

¹⁷⁰ 98/C 384/03, apartado 16.

¹⁷¹ 98/C 384/03, apartado 24.

¹⁷² *Ibídem*.

¹⁷³ 98/C 384/03, apartado 27.

¹⁷⁴ Así se recoge, por ejemplo, en la STGUE de 27 de enero de 1998, *Ladbroke Racing*, asunto T-67/94.

sociales o económicos)¹⁷⁵. En opinión del autor, este análisis subjetivo no dista mucho de la denominada *rule of reason* o doctrina de los motivos imperiosos de interés general aplicable por el TJUE cuando juzga la compatibilidad de una medida de fiscalidad directa con el Tratado y con las libertades fundamentales¹⁷⁶.

No obstante, a pesar de que fue la propia jurisprudencia comunitaria la que acuñó esta excepción, ha sido especialmente restrictiva en su apreciación y hasta el momento son contados los casos en que se ha reconocido y no sin discusión¹⁷⁷.

¹⁷⁵ PINTO, C. "Tax Competition and EU Law", *op. cit.*, pág. 148.

¹⁷⁶ En palabras de SANZ GÓMEZ, a pesar de que estas exigencias de interés general son una categoría abierta, "sería preferible el reconocimiento de un número limitado de excepciones definidas en una forma amplia y flexible que les permite adaptarse a la pluralidad de casos que debe enfrentar el Tribunal de Justicia". Para ello identifica tres motivos de interés general: la defensa de la integridad del sistema tributario, la eficacia de los mecanismos de control tributario y la prevención de las actuaciones abusivas. Véase: SANZ GÓMEZ, R. J., *La lucha de los Estados contra la elusión fiscal en el contexto de la Unión Europea*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 91-94.

¹⁷⁷ Para una explicación más extensa de los problemas en torno a la difícil aplicación de esta excepción nos remitimos a: DE JUAN CASADEVALL, J., "Ayudas de Estado e Imposición Directa en la Unión Europea", *op. cit.*, págs. 173-180 y QUIGLEY, C., "Direct Taxation and State Aid: Recent Developments Concerning the Notion of Selectivity", *Intertax*, Vol. 40, núm. 2, 2012, págs. 118-119. Esta excepción fue aceptada, por ejemplo, en la STJUE de 29 de abril de 2004, *GIL Insurance*, asunto C-308/01, en que el Tribunal admitió que las diferencias de tipos aplicables a diferentes modalidades de contratos de seguros en el Reino Unido, aunque suponían en la práctica una ventaja fiscal para un determinado sector del seguro (el excluido de los tipos superiores), podía estar justificada por la naturaleza y estructura del sistema de tributación de seguros. Para un análisis más detallado de este caso véase: MORENO GONZÁLEZ, S., "Tendencias recientes de la jurisprudencia Comunitaria en materia de ayuda de Estado de naturaleza tributaria", *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 132, 2006, págs. 860 y ss. Igualmente observamos el empleo de este argumento en la STJUE de 14 de abril de 2005, *Aem Spa*, asuntos acumulados C-128/03 y C-129-03, apartados 43 y 59. En concreto para descartar que constituya ayuda de Estado un incremento del canon sobre determinadas centrales generadoras de energías renovables para compensar otras ventajas, por entenderse "que resulta de la naturaleza y de la estructura del sistema de cargas considerado". Aunque el Tribunal no resolvió esta cuestión, la trasladó al juez nacional para que evaluara si existía esta coherencia con la naturaleza o economía general del sistema fiscal nacional en la STJUE de 8 de septiembre de 2011, *Paint Graphos*, asuntos acumulados C-78-08 a C-80/08, apartados 71 y 81; en relación al régimen especial de cooperativas italiano.

3.6 La conexión entre el Código de Conducta y el régimen de ayudas de Estado

La aprobación del Código de Conducta sobre fiscalidad de las empresas recogía el compromiso, plasmado en la Comunicación de 1998, de que la Comisión pondría especial celo en aplicar los preceptos en materia de ayudas de Estado como instrumento de lucha contra la competencia fiscal perjudicial¹⁷⁸. No obstante, al respecto de esta conexión tenemos que recordar que la definición de medida fiscal perniciosa recogida en el Código de Conducta es más amplia que el propio concepto de ayuda de Estado incompatible¹⁷⁹.

Además, como ha hecho ver DOS SANTOS, ambos regímenes responden a diferentes fundamentos: el Código de Conducta atiende a las medidas destinadas a favorecer a las empresas o capitales extranjeros; en cambio, el régimen de ayudas de Estado persigue la defensa de la competencia contra las distorsiones creadas por medidas proteccionistas de los Estados en favor de determinadas empresas¹⁸⁰. No obstante, la concepción de estos regímenes como compartimentos estancos puede verse superada por intervenciones del TJUE como la del asunto *Gibraltar*, en que una medida con claro afán competitivo (señalada en su momento por el propio Código de Conducta¹⁸¹) acabó siendo calificada como ayuda fiscal incompatible mediante una

¹⁷⁸ Código de Conducta, letra J. Esta posibilidad ya se apuntaba en el “Primer Informe Monti”, *La fiscalidad de la Unión Europea*, de 20 de marzo de 1996, SEC (96) 487 final y en el posterior informe *La fiscalidad en la Unión Europea-Informe sobre la evolución de los sistemas tributarios*, de 22 de octubre de 1996, COM (96) 546 o “Segundo Informe Monti”.

¹⁷⁹ Conforme a la letra A, el Código “se refiere a las medidas que influyen o pueden influir de manera significativa en la radicación de la actividad empresarial dentro de la Comunidad”. Más en concreto, la letra B establece que se considerarán potencialmente perniciosas “las medidas fiscales que impliquen un nivel impositivo efectivo considerablemente inferior, incluido el tipo cero, al aplicado habitualmente en el Estado miembro de que se trate”. Por tanto, no son necesarios, a priori, los requisitos cumulativos del art. 107.1 TFUE.

¹⁸⁰ DOS SANTOS, A. C., “L’Union européenne et la regulation de la concurrence fiscale”, *op. cit.*, págs. 428-429.

¹⁸¹ Véase: *Report to the Ecofin Council on 29 November 1999*, 23 de noviembre de 1999, SN 4901/99, pág. 258. De hecho, el inicio del procedimiento de investigación formal contra esta medida se realizó el 11 de julio de 2001 en paralelo con otras catorce medidas señalados por el “Informe Primarolo”, arriba citado. Véase: *Commission launches large scale state aid investigation into business taxation schemes*, 11 de julio de 2001, IP/01/982.

interpretación expansiva del criterio de selectividad y ampliando el campo de acción de las ayudas a las discriminaciones inversas.

Hay que recordar, eso sí, que este giro jurisprudencial se realizó en contra de la opinión del AG Niilo Jääskinen, que expresó sus reticencias respecto la voluntad de la Comisión de emplear el instrumento de las ayudas de Estado para un objetivo diverso, como la competencia fiscal perjudicial:

“el objetivo legítimo de luchar contra la competencia fiscal perjudicial no puede justificar que se desvirtúe el marco jurídico de la Unión, establecido en el ámbito del Derecho de la competencia aplicable a las ayudas de Estado, ni tampoco la adopción de soluciones *ad hoc*, contraviniendo el principio del Estado de Derecho consagrado en el artículo 2 TUE”¹⁸².

Una clara distinción entre ambos regímenes es, en principio, la obligación de recuperación de las ayudas de Estado indebidamente obtenidas; obligación que no se exige dentro del proceso de *rollback* de una medida tras

¹⁸² Esta opinión en contra de la “contaminación” entre ambas figuras se expone en las conclusiones presentadas por el AG Niilo Jääskinen el 7 de abril de 2010 al asunto *Gibraltar* (C-106/09 P y C-107/9 P). El párrafo expuesto es la conclusión de los argumentos expuestos en los apartados 132-134:

“132. En consecuencia, el Código se refiere a un tipo de competencia entre los Estados miembros en la que unos y otros entran en liza para atraer las inversiones o los capitales extranjeros por la vía fiscal. El Código, por consiguiente, tiene por objeto las medidas de los Estados destinadas a favorecer a las empresas o a los capitales extranjeros, no proteger a las empresas o capitales nacionales. Esto significa que el Código pretende aplicarse a la discriminación al revés, es decir, la que perjudica a los residentes de los Estados miembros.

133. Por el contrario, el régimen de las ayudas de Estado pretende proteger la competencia entre empresas de las distorsiones de la competencia o de los intercambios intracomunitarios generados por los Estados miembros a través de la concesión de medidas que favorecen a determinadas empresas o determinados productos en perjuicio de los demás. Por otra parte, tiene por objeto proteger el mercado interior contra su segmentación a través de las ayudas de Estado, al tiempo que se asegura de que no se producen discriminaciones injustificadas contra los extranjeros o los no residentes, o formas de proteccionismo en favor de empresas o de capitales nacionales.

134 De ello resulta que la competencia institucional o fiscal perjudicial entre Estados no está comprendida en el ámbito de aplicación del mecanismo de control de las ayudas de Estado establecido por el Tratado, aunque existan casos que puedan constituir tanto medidas de competencia fiscal perjudicial como ayudas de Estado incompatibles con el mercado común. “el objetivo legítimo de luchar contra la competencia fiscal perjudicial no puede justificar la desvirtuación del marco jurídico de la Unión, establecido en el ámbito del Derecho de la competencia aplicable a las ayudas de Estado, ni tampoco la adopción de soluciones *ad hoc*, contraviniendo el principio del Estado de Derecho consagrado en el artículo 2 TUE.”

ser señalada por el Grupo del Código de Conducta. Sin embargo, en las ocasiones en que una medida ha entrado bajo el punto de mira de la Comisión por haber sido previamente señalada por el Grupo, la Comisión ha extendido la práctica de no exigir la recuperación si son posteriormente declaradas ayudas de Estado incompatibles, al considerar que violaría el principio de confianza legítima de sus beneficiarios¹⁸³.

En definitiva, debemos reconocer que existe una clara conexión entre ambos instrumentos¹⁸⁴, cuestión que legitima el empleo del régimen de ayudas de Estado para, en aquellos puntos comunes, dotar de mayor coactividad a un resultado del *soft law* como el Código de Conducta¹⁸⁵.

La eficacia de este *matrimonio de conveniencia* va más allá de las meras decisiones de incompatibilidad realizadas por la Comisión. El permanente peligro que suponía y supone la potencial aplicación del régimen de ayudas de

¹⁸³ MARTÍN LÓPEZ, J., “Competencia fiscal perjudicial y Ayudas de Estado en la Unión Europea”, *op. cit.*, pág. 400.

¹⁸⁴ Los motivos para sostener la legitimidad de esta conexión los encontramos especialmente en la letra B del Código, en que se consideran que son potencialmente perniciosas “las medidas fiscales que impliquen un nivel impositivo efectivo considerablemente inferior, incluido el tipo cero, al aplicado habitualmente en el Estado miembro de que se trate”; que reproduce en unos términos muy similares el requisito de selectividad previsto en el art. 107.1 TFUE, al situar como marco de referencia el sistema fiscal del propio Estado y no el del conjunto de la Unión. Aparentemente, por tanto, el Código también excluye de su campo de acción las medidas generales *stricto sensu*. Así lo recuerda: STEICHEN, A., “Tax Competition in Europe or the Taming of Leviathan”, en AA.VV. *Tax Competition in Europe*, coordinador: Wolfgang Schön, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 2003, págs. 86-87. De hecho, en las conclusiones al asunto *Gibraltar*, el Abogado General Niilo Jääskinen se muestra contrario a la equiparación, siquiera remota, entre los objetivos del Código de Conducta y los del régimen de ayudas de Estado. En concreto, considera que el Código “tiene por objeto las medidas de los Estados destinadas a favorecer a las empresas o a los capitales extranjeros, no proteger a las empresas o capitales nacionales. Esto significa que el Código pretende aplicarse a la discriminación al revés, es decir, la que perjudica a los residentes de los Estados miembros”. Véase: Conclusiones Abogado General Niilo Jääskinen Abogado General Niilo Jääskinen, de 7 de abril de 2011, *Gibraltar*, asuntos acumulados C-106/09 y C-107/09, apartado 132.

¹⁸⁵ A favor de este planteamiento: MONTI, M., “How state aid affects tax competition”, *EC Tax Review*, Vol. 4, 1999, págs. 208-210; VANISTENDAEL, F. “Fiscal support measures and harmful tax competition”, *EC Tax Review*, Vol. 3, 2000, pág. 154; LAMADRID DE PABLO, A., “El código de conducta en materia de fiscalidad de las empresas y su relación con el régimen comunitario de ayudas de estado”, *op. cit.*, págs. 42-43; MARTÍN LÓPEZ, J., “Competencia fiscal perjudicial y Ayudas de Estado en la Unión Europea”, *op. cit.*, pág. 399. En contra se muestra por ejemplo el profesor MALVÁREZ PASCUAL, para quien estamos ante “una aplicación expansiva del procedimiento de ayuda de estado, que ha sido utilizado en relación con supuestos que caen claramente dentro del campo de acción de los procedimientos regulados en el Código de Conducta, pese a que los objetivos de ambos procedimientos son muy diferentes, por lo que en ningún caso resultan intercambiables entre sí”. Véase: MALVÁREZ PASCUAL, L. “La compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea de las medidas tributarias destinadas a favorecer la competitividad de las empresas españolas en el marco de un modelo de economía sostenible”, *op. cit.*, pág. 159.

Estado ha contribuido, sin duda, a acelerar las reformas sugeridas por el Código de Conducta. Sin embargo, como ya observamos en el apartado anterior, el Grupo paraliza el examen de una medida cuando esta se encuentra incurso en un procedimiento por ayudas de Estado. Aunque la determinación de su carácter compatible no obsta para ser posteriormente calificada como perjudicial, es evidente que la intención de todos los intervinientes es evitar que se ponga en cuestión la coherencia entre ambos instrumentos como medio de lucha contra la competencia fiscal perjudicial mediante pronunciamientos discordantes.

Hay que advertir, eso sí, que no son pocas las voces que se han elevado para denunciar los excesos que se han podido producir al aplicar con una excesiva vocación expansiva el régimen de ayudas de Estado y que lo han convertido, en la práctica, en el principal medio a disposición de la Comisión para avanzar en la armonización de la fiscalidad directa¹⁸⁶.

3.7 Los límites intrínsecos del artículo 107.1 TFUE

La propia concepción de las ayudas de Estado realizada por el TFUE excluye de su campo de acción las medidas fiscales generales, aquellas que permiten desarrollar la que hemos denominado *competencia entre sistemas*¹⁸⁷. De este modo, al exigir la selectividad de las ayudas, el art. 107 TFUE se autoexcluye a priori como instrumento para combatir medidas generales como una reducción generalizada de los tipos de gravamen¹⁸⁸. En cambio, tendremos que permanecer vigilantes, como ya indicamos, a aquellas medidas que, si bien aplicadas con vocación general, están destinadas a crear una discriminación

¹⁸⁶ PANAYI, C. H., "State Aid and Tax: the Third Way?", *Intertax*, Vol. 32, núm. 6-7, 2004, pág. 307.

¹⁸⁷ Nos remitimos a lo expuesto en el apartado 2.3.1 del capítulo segundo.

¹⁸⁸ Son varios los autores que reconocen esta evidente limitación del régimen de las ayudas de Estado: SCHÖN, W., "Tax Competition in Europe – The Legal Perspective", *EC Tax Review*, Vol. 2, 2000, pág. 100; VANISTENDAEL, F. "Fiscal support measures and harmful tax competition", *EC Tax Review*, Vol. 3, 2000, pág. 160; MARTÍN LÓPEZ, J., "Competencia fiscal perjudicial y Ayudas de Estado en la Unión Europea", *op. cit.*, pág. 402; DOS SANTOS, A. C., "L'Union européenne et la regulation de la concurrence fiscal", *op. cit.*, pág. 501.

entre sujetos en una situación comparable. No debemos atender por tanto al carácter general de la medida sino si su aplicación (como en el asunto *Gibraltar*) puede enmascarar una ventaja fiscal a sectores o empresas concretos.

De todos modos, las medidas generales habituales, con efectos igualmente generales, pueden provocar algunos resultados equivalentes a los de las ayudas específicas, como por ejemplo fomentar la deslocalización empresarial a Estados con menor tributación únicamente por motivos fiscales. Unos efectos contra los que no existen mecanismos adecuados en el estado actual de la UE.

Por tanto, queremos hacer ver que no compartimos los especiales recelos de la doctrina por expandir la aplicación del artículo 107.1 TFUE más allá de su estricto campo de acción. De hecho, somos partidarios de avanzar en la senda indicada por PISTONE en su conferencia "*State aid and the taxing of foreign source income*", en la que propone indagar si pueden constituir ayudas de Estado selectivas los efectos causados por el funcionamiento en situaciones transnacionales de los métodos para eliminar la doble imposición, las cláusulas antiabuso o los precios de transferencia¹⁸⁹.

No obstante, las voces que se han elevado para denunciar los excesos que se han podido producir al aplicar con una excesiva vocación expansiva el régimen de ayudas de Estado (y que lo han convertido, como ya hemos indicado, en el principal medio a disposición de la Comisión para avanzar en la armonización de la fiscalidad directa) son numerosas y reputadas¹⁹⁰. Desde nuestra posición, en cambio, consideramos que esta jurisprudencia es un instrumento capital para reducir las distorsiones provocadas por la inexistencia

¹⁸⁹ Contenido de la conferencia obtenido a partir del resumen expuesto en: KVASNINA, A. y otros, "Conference Report: Research Seminar on State Aid and Tax Measures (Aarhus, Denmark, 27 January 2011)", *Intertax*, Vol. 40, núm. 2, págs. 155-156.

¹⁹⁰ Entre otros: FALCÓN Y TELLA, R. "La desorbitada expansión del concepto de ayuda de Estado en la práctica reciente de la Comisión, el ejemplo de la decisión de 31 de octubre de 2000, relativa a la deducción por actividades exportadoras contemplada en el artículo 34 de la LIS", *op. cit.*, págs. 6-7; NANETTI, F. y MAMELLI, G. "The creeping normative role of the EC Commission in the twin-track struggle against State aids and harmful tax competition", *EC Tax Review*, Vol. 4, 2002, págs. 189-190; FANTOZZI, A., "The applicability of State Aid Rules to Tax Competition Measures: A Process of 'De Facto' Harmonization in the Tax Field?", *op. cit.*, pág. 131 o PANAYI, C. H., "State Aid and Tax: the Third Way?", *Intertax*, Vol. 32, núm. 6-7, pág. 307.

de una efectiva armonización, una acción legitimada por la aplicación de los principios contenidos en el Derecho originario de la UE y que puede interpretarse a la luz de los propios objetivos y principios del Código, aceptados tácitamente por los Estados y que ya la Comisión se comprometió a defender activamente. Eso sí, no podemos dejar de vislumbrar una cierta nota de castigo en este intervencionismo: *si no quieren armonización; Comisión*.

En el fondo, esta necesidad de avanzar en la concepción de las ayudas de Estado tiene su origen en el cambio de actitud de los Estados miembros, que ante la imposibilidad de implementar una competencia entre regímenes, fácilmente perseguible por el mecanismo de las ayudas de Estado si se adoptan medidas selectivas, han comenzado a desarrollar una competencia entre sistemas amparada en medidas generales que escapan del marco formal de las ayudas de Estado e, incluso, de la concepción clásica del Código de Conducta¹⁹¹.

La inoperancia de otros instrumentos del TFUE teóricamente llamados a combatir las distorsiones causadas por estas medidas generales (nos referimos a los artículos 116 y 117 TFUE)¹⁹² se hace más patente por el éxito de las ayudas de Estado dentro de su campo de acción. Por ello, creemos que esta situación nos obliga a ponderar los principios del mercado interior y cuestionarnos su capacidad para imponer una interpretación expansiva sobre un régimen como el de ayudas de Estado que está, en el fondo, llamado a protegerlos.

¹⁹¹ Afirmación respaldada por TERRA y WATTEL cuando reconocen que el éxito de la aplicación conjunta del Código de Conducta y del régimen de ayudas de Estado está transformando la competencia entre jurisdicciones en la UE, desde una competencia en regímenes hacia una competencia entre sistemas (basada en una reducción de tipos). Véase: TERRA, B. y WATTEL, P., *European Tax Law, Fifth Edition*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, pág. 117. STEICHEN ya avisó de los problemas a los que nos enfrentamos en la actualidad por cambiar de una competencia entre regímenes a una competencia entre sistemas: la ausencia de instrumentos para su control. Véase: STEICHEN, A., "Tax Competition in Europe or the Taming of Leviathan", en AA.VV., *Tax Competition in Europe*, coordinador: Wolfgang Schön, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 2003, pág. 62.

¹⁹² Por ejemplo, como recoge HEY, la doctrina alemana ha reclamado su empleo en aquellos supuestos en que no era posible la aplicación del régimen de ayudas de Estado, por ejemplo, frente al tipo general del 12,5% vigente en Irlanda. Véase: HEY, J., "National Report Germany", en AA.VV., *Tax Competition in Europe*, coordinador: Wolfgang Schön, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 2003, pág. 260. El trabajo al que hace referencia es: GÖTZ, W., "Tax incentives Subject to the European State Aid Control", en AA.VV., *States and Taxes (Staaten und Steuern)*, Essays in honour of Klaus Vogel, Hidelberg, 2000.

4. CONCLUSIONES

Antes de exponer las conclusiones alcanzadas al hilo del estudio de las últimas novedades del Código de Conducta y del régimen de ayudas de Estado queremos recordar la limitación intrínseca del análisis realizado, en el que cuestiones importantes han sido aparcadas para futuras investigaciones. A pesar de todo, creemos que este trabajo contribuye a dotar de una sistemática que nos facilitará dotar a futuros proyectos del carácter horizontal que requiere el tratamiento de estas cuestiones. Retomando el objeto de nuestro estudio, apuntamos las principales conclusiones:

1. La complejidad del entorno económico multiplica las posibilidades de arbitraje fiscal... para las sociedades multinacionales.

No nos enfrentamos a problemas que tengan una solución bilateral, ni siquiera comunitaria. Las estructuras de trasvase de beneficios emplean elementos de varios sistemas que, si no se integran en un proyecto común, no aceptarán soluciones de cooperación ajenas. Además, la disparidad de modelos económicos sitúa a la UE en una posición más débil ante la competencia internacional por las exigencias y rigideces del Estado del Bienestar. Debe impedirse a toda costa que los principales enemigos de este modelo sean a la vez partícipes. Ni la UE ni la OCDE estarán legitimadas para actuar contra los paraísos fiscales o contra regímenes de Estados o territorios terceros supuestamente perjudiciales si consienten que sus propios miembros participen de manera activa en estas cadenas de planificación fiscal.

2. Los trabajos del Grupo tienen una gran legitimidad derivada de la participación de todos los Estados en sus deliberaciones, aunque para dotar de valor a sus soluciones es necesario elevar el nivel político de sus discusiones.

Los trabajos en el seno del Grupo, en contraposición a la parálisis de los grandes proyectos de armonización de la Comisión (principalmente la BICCIS), dan voz a todos los Estados miembros; legitimidad que permite superar las

reticencias de la subsidiariedad y el fantasma de la unanimidad, amparando la discusión de soluciones flexibles a algunas de las cuestiones más candentes de la fiscalidad comunitaria. Al margen de ampliar su renovado campo de acción, este perfil técnico de los trabajos debe completarse con una participación política a mayor nivel que dote de mayor fuerza a las propuestas y soluciones alcanzadas.

3. La entrada en escena del Código de Conducta, junto con el activismo de la Comisión en materia de ayudas de Estado, han modificado las pautas de competencia fiscal entre los Estados miembros.

Ya existe muy poco espacio para que una sociedad se aproveche de un régimen especial concreto de un Estado, por lo que ha proliferado un arbitraje fiscal mucho más complejo que aprovecha la descoordinada (intencionada o no) interacción entre elementos macro de diferentes sistemas. La infinita red de CDI, las disparidades de tipos y las diferencias de tratamiento y calificación de las rentas pasivas (intereses, dividendos, cánones) provocan un sinfín de combinaciones que multiplican las oportunidades de arbitraje fiscal. Sin embargo, uno de los focos más incontrolables de esta nueva forma de competencia es la consentida conexión con paraísos fiscales cuyas operaciones se “lavan” al canalizarse a través de un Estado miembro. Sin una respuesta común o coordinada, cualquier puerta entreabierta se convierte en un billete de primera clase para disfrutar de las libertades comunitarias.

4. Una interpretación finalista del criterio de selectividad de las ayudas de Estado podría estar en consonancia con la propia evolución del Código y haría más coherente la lucha contra la competencia fiscal perjudicial. Sin armonización...Comisión.

El principal escollo del Código y de las ayudas de Estado es el limitado concepto de selectividad, que ha promovido la citada escapada hacia medidas generales. Sin embargo, en la línea argumentativa anterior, la competencia fiscal debe huir de formalismos y, al margen de claros precedentes, poner el énfasis en los efectos potenciales de medidas que aparentemente pueden ser inofensivas pero, en combinación con otros factores, provocan distorsiones

sobre el mercado y la competencia. De este modo, abogamos por un replanteamiento expansivo del concepto de selectividad que permita alcanzar a aquellas medidas de un ordenamiento aparentemente generales que tienen un efecto o un potencial distorsivo en un plano transfronterizo.

Esta expansión del criterio de selectividad de las ayudas de Estado se ha observado ya en la jurisprudencia del TJUE y puede obedecer a una interpretación teleológica de su función que, ante la ausencia o inoperancia de otros medios para proteger los objetivos del Tratado, legitimaría un análisis menos formalista de la norma jurídica y permite (al igual que se hizo con la evaluación del carácter perjudicial de las medidas en el Código) evaluar la repercusión real o potencial de una medida sobre los diferentes destinatarios. De hecho, la ruptura con la concepción tradicional de las ayudas de Estado como medida de estricta protección y su apreciación en supuestos de discriminación inversa claramente competitiva supone un paso adelante en la equiparación entre los objetivos y fines del Código y los del régimen de ayudas de Estado. Es decir, en el empleo de ambos instrumentos de manera conjunta contra la competencia fiscal perjudicial.

No obstante, no encontramos medios dentro del Derecho de la Unión, aparte de un lejano proceso de armonización, que pueda poner solución a las diferencias de tributación entre los Estados miembros ocasionados por las disparidades entre los tipos estatutarios generales.

5. *Levantemos las alfombras.* Sería necesario modificar tanto el régimen de ayudas de Estado como el Código de Conducta para situar bajo su punto de mira los regímenes relativos a la fiscalidad de las personas físicas, en especial los regímenes de impatriados.

Una de las cuestiones pendientes sigue siendo la posibilidad de extender los principios del Código y la aplicación del régimen de ayudas de Estado a aspectos de la fiscalidad de las personas físicas con incidencia directa en la actividad empresarial, principalmente a los regímenes de impatriados. En el caso de las ayudas de Estado ya indicamos en el capítulo anterior que a su aplicación requiere superar dos escollos muy importantes. En

primer lugar, no concurre la nota de selectividad exigida por el art. 107.1, pues no estamos ante medidas que favorecen “a determinadas empresas o producciones”, sino a sujetos concretos que pueden ser contratados, en principio, por cualquier empresa o sector (otra cuestión es que los elevados sueldos exigidos para la aplicación de estos regímenes solo puedan ser en la práctica pagados por grandes empresas). Además, la supuesta ventaja fiscal que obtendría la empresa indirectamente está basada en la costumbre de asumir los impuestos de los impatriados. Sin embargo, el principio de indisponibilidad de la obligación tributaria sitúa al ciudadano como único obligado en calidad de contribuyente por las rentas obtenidas. Por tanto, el primer requisito para calificar una medida como ayuda de Estado (que la medida ofrezca a sus beneficiarios una ventaja que aligere las cargas que, por regla general, gravan su presupuesto) no se cumpliría, ya que la norma jurídica no exige que las empresas asuman, por regla general, esta carga fiscal.

En el caso del Código de Conducta, el problema además de formal (“el presente Código de Conducta, que atañe a la fiscalidad de las empresas...”¹⁹³), es interpretativo: cualquier exégesis de su contenido y tramitación pone en evidencia que se excluyeron expresamente estos regímenes de su ámbito de aplicación, pues sí estaban incluidos en la primera versión del Código¹⁹⁴.

¹⁹³ Código de Conducta, letra A.

¹⁹⁴ Véase: Comunicación *Hacia la coordinación fiscal en la Unión Europea. Paquete de medidas para hacer frente a la competencia fiscal perniciosa*, COM (1997) 495 final, de 1 de octubre de 1997, letra C

Conclusioni

Capitolo primo

Considerazioni preliminari sulla concorrenza fiscale

Guardando indietro vediamo che abbiamo raggiunto gli obiettivi di questo primo capitolo. In primo luogo, abbiamo fatto un'analisi sequenziale del concetto di concorrenza fiscale da diverse concezioni per arrivare al nucleo dell'oggetto del nostro studio. Dopo, abbiamo esposto le teorie economiche più importanti per quanto riguarda la concorrenza fiscale, che ci ha offerto una panoramica delle diverse posizioni dottrinali nella materia. Successivamente, abbiamo approfondito gli elementi che devono concorrere per identificare il componente dannoso della concorrenza fiscale. Per concludere il capitolo, abbiamo fatto un'analisi degli effetti principali di questo fenomeno sulla raccolta, sui sistemi fiscali o sui principi di giustizia fiscale. Queste sono le principali conclusioni tracciate dallo studio di tali questioni preliminari:

1. La costruzione del concetto di concorrenza fiscale attraverso la *business competition* non dovrebbe impedire di scartare l'uso di teorie che cercano di identificare la posizione di uno Stato con quella di un'impresa.

Nel contesto dell'Unione europea il ruolo dello stato come agente fondamentale dell'attività economica e come principale fornitore di servizi richiede che ci sia una protezione speciale delle sue fonti di reddito. Quindi escluderemo l'utilizzo di qualsiasi approccio che ritenga come positivo, in modo aprioristico, la minimizzazione dello stato e, pertanto, del suo intervento nel perseguimento dei principi di giustizia ed equità attraverso la fornitura di servizi pubblici. Infatti, l'analisi della vasta dottrina economica ci ha permesso di conoscere la profonda polarizzazione esistente nel pensiero economico, strettamente legata alle diverse concezioni sul ruolo dello Stato. In ogni caso,

anche se l'uso di modelli costituisce sempre una semplificazione della realtà, possiamo ottenere visioni utili per il nostro studio, fornendo degli schemi che ci permetteranno di analizzare situazioni reali e fare chiarezza per quanto riguarda la molteplicità di fattori e dei condizionanti che possono influire sugli agenti in un processo di concorrenza fiscale. Per esempio, la nuova economia geografica, giustifica una posizione più aggressiva delle giurisdizioni più piccole al fine di compensare le lacune nell'accesso al mercato (ed il beneficio della concentrazione).

2. La concorrenza fiscale è un processo di riforma del sistema in cui le giurisdizioni assumono un ruolo fondamentale per approfittarsi economicamente, a scapito di altre giurisdizioni, dell'arbitrio fiscale da individui e aziende che come *homo economicus*, cercano di ridurre al minimo la loro fattura fiscale.

Nostra intenzione in questo lavoro è quella di limitare la concorrenza fiscale alle situazioni in cui una giurisdizione adotta misure concrete per attirare o trattenere il capitale, le attività, gli imponibili o gli stessi cittadini. In questo modo, la concepiamo come un processo volontario di interrelazione tra giurisdizioni, intrinsecamente negativo nel seno di un mercato interno, in quanto il fattore fiscale altera l'adozione di scelte ottime di investimento e localizzazione. L'unico modo per attenuarla è andare alla radice del problema, riducendo le possibilità di arbitrio per gli agenti fiscali attraverso i parametri che favoriscono la sua nascita. Nel prossimo capitolo si approfondirà su questo aspetto.

3. La presenza di concorrenza fiscale è inevitabile in un quadro istituzionale come l'Unione europea, dove coesistono un mercato domestico altamente sviluppato protetto per le libertà comunitarie e grandi differenze fiscali fra gli Stati membri, derivanti da un'armonizzazione fiscale insufficiente, soprattutto nel campo dell'imposizione diretta.

I principali sforzi istituzionali sono orientati a garantire che la concorrenza fiscale sia sviluppata in parametri di lealtà verso gli altri Stati membri. Infatti, l'UE, insieme con l'OCSE e con la maggior parte della dottrina, hanno concordato una serie di caratteristiche delle misure fiscali dannose: deviazione dallo schema generale di tassazione, mancanza di trasparenza, isolamento dal sistema interno, orientamento ai non residenti, ecc.

4. Il carattere nocivo della concorrenza fiscale deve essere valutato attraverso un'analisi degli effetti reali delle misure (raccolta di fondi, delocalizzazione delle attività, delle vendite o delle persone, ecc.), senza escludere l'utilizzo di criteri oggettivi, come quelli stipulati nei vari documenti che hanno definito le misure come nocive.

Un punto di partenza all'interno dell'UE può essere la natura asimmetrica di una misura per quanto riguarda il regime fiscale dell'intorno, intorno che comprenderebbe il contesto del mercato interno dell'UE (e non soltanto dello stato). Inoltre, anche se gli effetti a un dato momento non sono quelli previsti, può anche essere un parametro il proprio scopo di tali misure (se essi sono specificamente orientate verso l'attrazione delle basi imponibili da altre giurisdizioni). Infine, uno strumento di valutazione supplementare può essere il danno che avrebbe fatto al sistema intero la replica da parte degli altri Stati della stessa misura (cercando di bloccare così il vantaggio collegato al primo che adotta queste misure). Questa concezione di concorrenza fiscale dannosa è destinata a mettere sotto valutazione anche le misure generali ed i loro effetti sulla delocalizzazione dei fattori, così come l'applicarsi ad altri campi della comunità come le accise o tassazione delle persone fisiche.

5. La temuta *race to the bottom* nella tassazione sul capitale è rallentata. Infatti, possiamo anche dire che non c'è mai stata l'intenzione di arrivare fino in fondo. D'altra parte, abbiamo visto un progressivo cambiamento nel *tax mix*, un aumento della pressione sul lavoro e sul consumo. Alla fine era uno sbaglio di gioco. Il sistema fiscale non era una caduta libera, ma una semplice altalena.

Alcuni critici che vedono l'UE come la personificazione dello stato Leviatano avevano aspettative nella la caduta effettiva della tassazione sul capitale per costringere un adeguamento nella dimensione dello Stato. Tuttavia, lontano da esso, gli Stati hanno scelto di ristabilire l'equilibrio con il contrappeso che era a portata di mano: dei cittadini.

Così, le asimmetrie che vengono generate dalla necessità di adattarsi ai rischi della concorrenza fiscale minacciano il raggiungimento dei principi fondamentali di giustizia fiscale (piuttosto li sotterrano) allo stesso tempo che limitano la capacità degli Stati sovrani di adottare decisioni politiche autonome. È davvero difficile conciliare un sistema fiscale competitivo con il suo ruolo come strumento redistributivo. Il problema principale è che la perdita di sovranità per gli Stati, anche se inerente alla loro appartenenza a un'istituzione come l'Unione europea, non ritorna sul potere di essa, ma si insinua attraverso le fessure del processo di armonizzazione, alimentando i benefici delle multinazionali e le grandi fortune (agenti con grandi risorse per spremere le possibilità di arbitrio fiscale). Un arbitrio i cui benefici comportano una caramella troppo dolce per gli Stati membri che lo incoraggiano con le proprie politiche e con i loro veti selettivi al progresso di armonizzazione. È chiaro chi è ad avere più peso nell'UE per inclinare l'altalena al proprio fianco. Tuttavia, non dobbiamo dimenticare l'effetto sui cittadini comuni che si alzano ancora ed ancora. Archimede non fallisce. Duemila anni dopo una leva spiega il mondo: qualcuno su, gli altri giù.

Nel prossimo capitolo, cercheremo di sistematizzare le circostanze che sviluppano queste dinamiche di concorrenza fiscale e i motivi che portano a una giurisdizione per progettare alcuni elementi del suo sistema fiscale con l'obiettivo di sfruttare, nel suo vantaggio, del *maxim del homo economicus*: individui e aziende cercheranno sempre di massimizzare i loro profitti (dopo le imposte). Una volta progettato questo quadro generale nel secondo capitolo, useremo la seguente per esaminare più in dettaglio l'evoluzione delle nicchie di concorrenza fiscale nei vari settori della fiscalità comunitaria, soprattutto in due che hanno ricevuto finora poca attenzione dottrinale: l'imposte indirette e la tassazione delle persone fisiche.

Capitolo secondo

Le condizioni generali di svolgimento della concorrenza fiscale nell'Unione Europea

1. Il quadro giuridico della UE offre le condizioni necessarie per una gran mobilità degli operatori e fattori economici. Tuttavia, la persistenza di alcuni ostacoli economici e sociali impedisce una piena realizzazione del mercato interno.

Le sacrosante libertà fondamentali costituiscono la base migliore per una piena mobilità degli operatori e dei fattori economici. Tuttavia, la complessità inerente la molteplicità di ordinamenti e tradizioni giuridiche, i costi degli spostamenti, la lingua, etc., sono elementi che sempre separano l'Unione Europea dagli Stati federali con coloro che a volte si pretende di paragonare, principalmente gli Stati Uniti. Di fatto, una vera equiparazione potrebbe porre in pericolo la struttura del settore pubblico europeo, poichè si potrebbero iniziare dinamiche di concorrenza fiscale su fattori come il lavoro che fino ad ora, pagato dalla sua scarsa mobilità, sta servendo per sostenere gli equilibri fiscali degli Stati membri.

2. Nonostante, l'Unione Europea abbia *tutte le carte per convertirsi in un paradiso per la pratica dell'arbitrio fiscale per privati ed imprese. La sua concretizzazione, tuttavia, lontana da essere un successo, rivela il fallimento nella costruzione di un mercato unico senza distorsioni fiscali.*

Come non smettiamo di evidenziare, il quadro giuridico della UE è specificatamente orientato a garantire la piena mobilità di tutti gli operatori e fattori economici. Le libertà comunitarie e il principio di non discriminazione sono i suoi principali esponenti. Tuttavia, si osserva parallelamente una allarmante mancanza di armonizzazione nei settori particolarmente sensibili all'arbitrio fiscale, specialmente nell'ambito della tassazione sulle società.

La mancanza di armonizzazione nelle imposte dirette trova la sua causa dalle difficoltà per superare il requisito di unanimità in un Consiglio in cui ogni Stato si fa i propri interessi. L'unica soluzione finora per sbloccare questa immobilità è stata la strategia di coordinazione promossa dalla Commissione. Questa strategia di coordinazione, personificata nel cosiddetto Pacchetto Monti, ha permesso di approvare due direttive e l'importantissimo Codice di Condotta, la cui evoluzione analizzeremo nel capitolo quinto. In pratica, la mancanza di armonizzazione si traduce in una gran disparità fra le aliquote e una complessità normativa che non contribuisce all'integrazione delle economie europee. L'intervento della CGUE in questo aspetto si è incentrato principalmente ad impedire un trattamento più gravoso nelle operazioni con fattori transnazionali ed ad eliminare altri ostacoli che le impedivano. Vale a dire, data la inesistenza di norme armonizzatrici non si richiede l'autonomia degli Stati per configurare i loro regimi fiscali, ma il modo in cui li applicano agli operatori degli altri Stati membri.

In fondo, né gli Stati membri né la CGUE hanno agito conseguentemente per raggiungere la CEN (capital export neutrality) che potrebbe scoraggiare la pratica d'arbitrio fiscale.

3. Per fortuna, nel paradiso dell'arbitrio fiscale si sono sviluppate iniziative che poco a poco hanno ridotto lo spazio per la concorrenza fiscale, riducendola quasi unicamente a una concorrenza tra sistemi più trasparenti.

In principio, la gran tra gli Stati membri e il diverso punto di partenza storico, strutturale ed economico dei NEM (che tra gli altri elementi non ha uno stato di benessere tanto sviluppato) contribuisce al fatto che alcune giurisdizioni adottino strategie fiscali più aggressive. Tuttavia, l'entrata in vigore del Codice di Condotta e l'applicazione del controllo sugli aiuti di stato incompatibili nell'ambito fiscale hanno limitato enormemente lo spazio per la concorrenza tra i regimi e, in questo senso, le possibilità di adottare strategie specialmente orientate al non residente e con effetto di *ring-fencing*. Ugualmente, gli anticipi in materia di mutua assistenza e lo scambio di informazioni ostacolano una

concorrenza tra sistemi basata sull'opacità degli ordinamenti. Per tanto, la manifestazione più comune sarà la concorrenza tra sistemi basata sulla riduzione delle aliquote ed in un clima generale di tassazione benevola sul capitale. Ancora così...

4. Una volta sradicata la concorrenza tra regimi le principali critiche sono volte ad incentrarsi sulla concorrenza tra sistemi realizzata per mezzo delle aliquote dell'imposta sulle società. Tuttavia, queste differenze non sono il nemico. Lo sono, invece, gli strumenti impiegati nell'UE per sfruttare queste differenze in modo abusivo, vale a dire, "immorale anche se legalmente"¹.

Ora che abbiamo analizzato la concorrenza tra regimi le luci si sono situate in gran parte sulle differenze tra le aliquote dell'imposta sulle società. Tuttavia, queste differenze non supporrebbero un maggior problema (un semplice esercizio di sovranità, come la fissazione di *flat tax* sull'imposta sul reddito personale) se le imposte verteranno al pagamento lì dove si produce l'attività economica reale. Il problema, inoltre, è che gli strumenti per evitare questo trasferimento fittizio degli utili tra giurisdizioni sono un fallimento, meglio detto, un FALLIMENTO.

Abbiamo provato, per esempio, come l'interpretazione espansiva delle libertà fondamentali per la CGUE limita l'applicazione di misure antiabuso tra Stati membri contro le CFC e contro le tecniche di sottocapitalizzazione alle "costruzioni di puro artificio". Un requisito tanto facile da evitare come scriverlo. Una intelligente misura che fa trasparire un raggio di speranza sono le nuove tecniche per combattere la sottocapitalizzazione attraverso clausole non discriminatorie di limitazioni della deducibilità degli interessi o *earnings stripping rules*.

¹ "We're not accusing you of being illegal, we are accusing you of being immoral". Frase pronunciata per la presidenta del Public Accounts Committee del Parlamento Britannico Margaret Hodge a Matt Brittin, direttore di Google in Europa del nord durante l'udienza in cui lui ha difeso la legittimità delle operazioni effettuate per ridurre al minimo la tassazione: "Like any company you play by the rules [and] manage costs efficiently to offer fair value to shareholders". *Vid.*: "Amazon, Google and Starbucks accused of diverting UK profits", *The Guardian*, 12 novembre 2012.

Da un altro lato, i prezzi di trasferimento, nonostante gli sviluppi degli ultimi anni, ancora permettano un facile trasferimento degli utili verso altre giurisdizioni. Serva d'esempio che la filiale di Google in Spagna fattura a Google Irlanda in concetto di "servizi" un montante equivalente ai suoi redditi. Risultato: uguale a zero.

Finalmente, la UE non ha nemmeno strumenti comuni per controllare il rapporto degli Stati membri con terzi Stati, per esempio, con i paradisi fiscali. In questo modo, il lassismo nell'applicazione di norme antiabuso in uno Stato membro riduce il livello di protezione globale di tutta la UE. Vale a dire, il livello di protezione degli Stati si livella verso il basso. Nel caso indicato, se l'Irlanda a posteriori consente il trasferimento di questi utili a terze giurisdizioni, tutta la UE corre il rischio che le sue imponibili, previo passaggio libero dell'Irlanda avvalendosi delle libertà comunitarie, finiscono in paradisi fiscali a bassa fiscalità.

Non possiamo fare a meno di segnalare il parallelismo che apprezziamo tra questa situazione e il primo capitolo del libro *Gomorra* (Roberto Saviano), in cui si descrive il funzionamento del porto di Napoli, controllato dalla mafia e particolarmente "negligente" nell'adempimento della normativa della unione doganale. Quale pensano fosse la porta d'entrata preferita dal commercio extracomunitario? *Eccolo*.

5. In principio, l'intervento della CGUE, lontano dal proteggere gli Stati membri, debilita la sua posizione nella lotta contro i rischi e gli effetti della concorrenza fiscale. Tuttavia, il *laissez-faire* in materia di convenzioni contro la doppia imposizione legittima l'uso di un insieme di contromisure con grande potenziale.

Da un lato, in materia di tassazione all'uscita la CGUE impedisce il gravame immediato della plusvalenza latente sull'attivo in occasione di un cambio di residenza, tanto per persone fisiche quanto giuridiche. Solo in caso di persone giuridiche (per la complessità della verifica posteriore dei beni e il rischio di perdita di controllo), gli Stati potranno esigere la costituzione di una garanzia sufficiente per concedere il differimento. In relazione con le norme

antiabuso (CFC's e sottocapitalizzazione) abbiamo già indicato che gli Stati vedono limitato il loro campo di applicazione nel seno dell' UE alle "costruzioni di puro artificio".

In principio, questa posizione della Corte si conforma con la costruzione europea, nel provare a fomentare lo sviluppo di un *level playing field* comunitario, vale a dire, una concorrenza fiscale intracomunitaria sana, a detrimento di giurisdizioni terze contro i quali gli Stati potranno applicare più strettamente la loro normativa antiabuso. Tuttavia, la mancanza di uno atteggiamento comune di fronte agli Stati terzi mina l'esito di questo obiettivo come abbiamo già visto. Non possiamo lasciare indietro la sensazione che le libertà comunitarie, personificate nell'espressione "di puro artificio", sono una veste troppo grande per sistemi tributari così poco armonizzati.

In questo scenario, tuttavia, la CGUE non ha messo ostacoli all'impiego autonomo di misure contenute nei CCDI per combattere la concorrenza fiscale. In questo modo, contraddicendo la giurisprudenza della sentenza *Eurowings*, che si opponeva alle misure di compensazione contro dei regimi di minore tassazione, la Corte legittima l'inclusione nei CCDI con altri Stati membri di clausole chiamate a limitare l'accesso (per esempio, al metodo di esenzione) in risposta a una tassazione effettiva bassa o assente nell'altro Stato stipulante. La porta è aperta, il problema evidente è rinegoziare i CCDI già firmati che non includono queste misure.

Tuttavia, in pendenza dell'eterno progetto di un Modello di CCDI comunitario se ci assalgono alcune domande: è se si includessero nella sua stesura finale queste clausole?, e se no? Si opporranno degli Stati alla sua stesa creazione (CCDI) affinché non le si includano ?; oppure si opporranno quelli che già le hanno affinché siano mantenute? Come abbiamo già indicato in altri punti di questo lavoro, annotiamo questa materia tra le questioni pendenti.

6. Di fronte alla gravità di questo scenario, la sopravvivenza di situazioni di doppia imposizione è *peccata minuta*.

L'applicazione generalizzata per gli Stati membri del criterio del reddito mondiale sui suoi residenti provoca situazioni multiple di doppia imposizione.

Tuttavia, la UE è carente di strumenti per coordinare la sua eliminazione, fatto che fomenta la pratica di arbitrio fiscale. Raggiungere la piena neutralità fiscale con l'applicazione stretta di questo criterio risulta molto difficile, principalmente perché i redditi passivi (dividendi, interessi, royalties, etc.) di solito sostengono una ritenuta alla fonte che non si adatta correttamente e che provoca doppia imposizione. La difficoltà per raggiungere la CEN fomenta parallelamente la adozione di decisioni per criteri fiscali. Allo stesso modo, la disparità e complessità dell'estesa rete di CCDI degli Stati membri costituisce il miglior alleato per gli operatori che praticano l'arbitrio fiscale. Infatti, la CGUE ha ammesso che l'applicazione dei criteri per eliminare la doppia tassazione può creare differenze di trattamento che non entrano nel campo di protezione del Diritto della UE, argomento in linea con la eliminazione di qualsiasi riferimento nel TFUE ai CCDI.

Come abbiamo visto il Tribunale ha supportato l'applicazione di diversi criteri di correzione della doppia tassazione per entità residenti (esenzione) e residenti (imputazione). È vero che nel seno di un vero mercato interno, senza grandi differenze tributarie, il metodo ideale sarebbe quello dell'esenzione. Tuttavia, in assenza di accordi concreti per ridurre le distorsioni create dall'applicazione dei CCDI, riconosciamo che la UE richiede soluzioni intermedie. In ultimo termine, consideriamo poco valido l'atteggiamento della CGUE per lottare contro le distorsioni create per i contrasti tra il Diritto comunitario ed i CCDI, specialmente quando possono avere effetti equivalenti a misure ormai vietate per la giurisprudenza stessa.

7. Problemi, problemi, problemi... Non ci sono colpevoli? Sí, 27.

Alcuni più di altri, però 27 colpevoli: gli Stati membri sono i principali responsabili delle lacune, dei difetti e delle inefficienze del funzionamento dell'Unione. Colpevoli dal momento in cui sottovalutarono l'indispensabile controparte fiscale di un mercato senza barriere: una fiscalità senza barriere; colpevoli dal momento in cui accettarono delle regole del gioco basate sul diritto di veto. In definitiva, colpevoli dal momento in cui hanno costruito e perpetuato una UE parziale, lenta, asimmetrica e indifesa. Nei seguenti capitoli, nel

prosieguo evidenziati, identificheremo alcuni dei problemi che provocano l'interazione tra i molteplici sistemi fiscali che convivono nel intero dell'UE. Porremo Stati sotto valutazione e ne esamineremo il comportamento.

Nel caso delle persone e delle imprese questo comportamento è particolarmente razionale: valutano le loro possibilità d'attuazione e adottano quella decisione che più gli conviene (*homo economicus*). Se gli Stati membri non si mettono d'accordo per eliminare le possibilità d'arbitrio fiscale, per esempio, non possiamo criminalizzare aprioristicamente gli agenti che si approfittano (escludendo, ricordiamo atteggiamenti d'evasione). Se esistono, è perchè gli Stati (anche con uno è sufficiente) beneficiano della sua esistenza. Il risultato: qualunque Stato può perpetuare un errore, fare eterna una inefficienza del mercato. Sebbene la UE non la costruirono tutti, é vero che tutti hanno avvalorato positivamente il suo diritto di veto per avanzare in assunti come la fiscalità. Tutti, in fondo, sono colpevoli. I 27... e quelli che verranno.

8. La prima e l'ultima conclusione di questo capitolo, dato che cominciamo realmente a scriverla dalla sua prima pagina, non è altro che la sua propria struttura. Il nostro principale obiettivo era disegnare un modello sistematico per valutare le condizioni di sviluppo di tutto il processo di concorrenza fiscale, indipendentemente dal campo della fiscalità sotto analisi e in condizioni di usarsi ad altri livelli di giurisdizione.

In questo capitolo abbiamo difeso l'idea che l'arbitrio fiscale, sebbene può promuoversi per i propri Stati membri, è uno stato in un certo senso precedente alla concorrenza fiscale tra giurisdizioni. La presenza di questo arbitrio fiscale è condizionata dalla concorrenza dei tre fattori analizzati: mobilità, sistema di tassazione dei redditi transfrontalieri e differenze di tassazione (mancanza di armonizzazione). Posteriormente, abbiamo identificato alcune delle situazioni che possono spingere alcuni Stati a cercare il beneficio dietro questo arbitrio fiscale, rendendo più attrattive le loro giurisdizioni e obbligando gli altri Stati ad adottare posizioni attive/passive/difensive in questo gioco di concorrenza fiscale.

La nostra scelta si rende particolarmente patente nel prossimo capitolo, nel quale facciamo un'analisi sistematica della concorrenza fiscale nell'ambito delle imposte indirette, una materia che finora non era stata oggetto abituale di ricerca in questo ambito. Con lo stesso schema, tratteremo nel capitolo quarto la fiscalità delle persone fisiche. Invece, nel trattare la fiscalità delle imprese nel capitolo quinto ci concentreremo piuttosto sugli sviluppi e limiti dei due strumenti il cui studio riunisce l'incidenza della concorrenza fiscale in questo campo: il Codice di Condotta in materia di tassazione delle imprese ed il regime di aiuti di Stato.

Pertanto, le conclusioni di questo capitolo davvero cominciano nel corso della sua prima pagina e raggiungono queste ultime (vi invitiamo nuovamente a rivedere la sua struttura). Speriamo di aver fornito un discorso continuativo e coerente che ci permetta nel futuro l'uso di questa struttura.

Capitolo terzo

La concorrenza fiscale nella fiscalità del consumo

1. Nell'UE non c'è appena spazio per la concorrenza fiscale nelle imposte indirette, soprattutto a causa del rischio che una concorrenza tra i sistemi comporterebbe per la riscossione.

La prima gran conclusione che si può estrarre dal profondo studio svolto in questo capitolo è lo scarso spazio per la concorrenza fiscale tra le giurisdizioni che esiste nel settore delle imposte indirette nell'UE. Vale a dire, le giurisdizioni non iniziano dinamiche di concorrenza con le altre giurisdizioni per attrarre o trattenere le imponibili del consumo. Quale è il motivo?

L'armonizzazione delle imposte indirette non lascia spazi per la creazione di regimi fiscali speciali. La conseguenza è che gli Stati possono eseguire una concorrenza dei sistemi solo attraverso le aliquote. Tuttavia, qualsiasi misura di riduzione delle aliquote che adottasse uno Stato per attrarre

i consumatori degli altri Stati avrebbe un'effetto diretto sulle imponibili nazionali e quello metterebbe in pericolo la sua riscossione. L'impossibilità di isolare l'economia nazionale provoca che solo uno Stato di dimensioni ridotte, come il Lussemburgo (con poco consumo interno ed un lungo potenziale consumo frontiero) possa trarne vantaggio, in termini di raccolta, da una politica di fiscalità indiretta bassa.

2. C'è, invece, un'intenso arbitrio fiscale.

Che non esista competenza fiscale tra gli Stati non significa che i cittadini non facciano l'arbitrio fiscale. Infatti, sebbene le possibilità di arbitrio fiscale dai cittadini e dalle aziende è *conditio sine qua non* per la esistenza di dinamiche di concorrenza fiscale fra gli Stati, da ciò non si desume che l'arbitrio fiscale non può apparire anche in modo isolato. Questo è il caso della fiscalità indiretta, dove l'arbitrio fiscale trova le condizioni ottime per il suo sviluppo: differenze evidenti fra le aliquote, applicazione della tributazione in origine, assenza di complessità normativa, ecc.

3. Le accise sul diesel: un esempio eccezionale di concorrenza fiscale nell'imposizione indiretta istigata dal *fuel tourism*.

Lungo il capitolo abbiamo identificato una situazione reale di concorrenza fiscale, a causa dalle eccezionali circostanze del mercato degli idrocarburi. In particolare, la situazione è nata durante i primi anni d'impianto del diesel negli Stati membri, in cui questo combustibile era usato quasi esclusivamente dai vettori professionisti. Questi vettori professionisti, per la loro mobilità, potevano trarre vantaggio dalle differenze fra le aliquote di diesel negli Stati membri. Questo ha dato luogo a che il Lussemburgo, con le aliquote più basse, abbia attratto ai vettori di tutta l'Europa. Tuttavia, in questo caso i destinatari di una tale riduzione delle aliquote erano molto concreti, vettore con una gran mobilità internazionale. Perciò, gli effetti di una riduzione delle aliquote si potevano isolare dal resto dell'economia. In questo modo, gli Stati hanno conservato delle aliquote sul diesel molto bassi fino alla recente espansione dei motori diesel per

il uso privato, probando di trattenere il rifornimento da carburante dei vettore internazionali.

La crescita della base dei consumatori del diesel ha costretto a gli Stati a separarsi da questa concorrenza fiscale. Per quel motivo, ora si è resa più necessaria che mai l'aumento delle aliquote minime per impedire le intensificazione del *fuel tourism*. Quest'aumento delle aliquote sul diesel sembra in consonancia con gli obiettivi ambientali comunitari. In ogni modo, l'impianto nell'Unione Europea di un sistema come quello del IFTA (*International Fuel Tax Agreement*), valido negli Stati Uniti ed il Canada, è tecnica e legalmente possibile. Il principale ostacolo è politico: auguriamo che il Lussemburgo se afferrerà al criterio dell'unanimità per ostruire tutte le proposte.

4. La tributazione nell'origine delle prestazioni di servizi per via elettronica nell'IVA ha causato anche degli importanti distorsioni nel mercato interno. Per fortuna, è un regime con data di scadenza.

Un caso speciale è stato quello del IVA nelle prestazioni di servizio per procedimenti elettronici. La tributazione in origine di queste operazioni ha permesso che il Lussemburgo (con una aliquota IVA del 15%) abbia attratto la locazione delle principali aziende del settore e canalizzasse la maggioranza dei funzionamenti nella UE. In questo presupposto, tuttavia, l'arbitrio fiscale dai cittadini non ha avuto luogo.

I consumatori realmente non hanno scelto di beneficiarsi da questi servizi con un'inferiore aliquota IVA. Invece, sono stati le stese imprese le quali, nel loro desiderio d'offrire un prezzo finale più competitivo ai consumatori, si sono trasferite a Lussemburgo. In questo modo, le aziende si sono anticipate a un arbitrio fiscale da parte dei cittadini al offrire i loro servizi già con il minore IVA della UE, che gli permette, in uguale prezzo di vendita al pubblico, dei margini più grandi. Il risultato finale è che non c'è uno arbitrio consapevole per i cittadini perché la maggiore parte delle prestazioni dei servizi è già localizzata a Lussemburgo. In linea di principio, la tributazione in origine di questi servizi è sposta a sparire, secondo lo stabilito nella Direttiva 2008/8/CE, sebbene il

blocco nella negoziazione da parte di Lussemburgo ha costretto a gli altri Stati ad offrire un sistema flessibile di scadenze fino al definitivo impianto della tassazione in destinazione.

Questo episodio ci insegna tre lezioni importanti: la tecnologia va sempre davanti al diritto, le transazioni elettroniche hanno una mobilità estrema e, per concludere, la unanimità ha sempre un prezzo.

5. L'intensità del *cross-border shopping* di tabacco e delle bevande alcoliche nella UE è molto legata alla mancanza di aliquote massime.

Intrando nel piano della pratica di *cross-border shopping* dai soggetti e circoscrivendoci alle accise sul tabacco e sulle bevande alcoliche, abbiamo identificato che questo fenomeno viene causato principalmente dalle elevate aliquote di alcuni Stati più che per le ridotte aliquote minime, fissate nelle Direttive al riguardo. Cioè, anche se le aliquote minime sulle bevande alcoliche fossero aggiornate o si mantenesse l'aumento costante della tributazione minima sui tabacchi elaborati, l'epicentro del *cross-border shopping* non sarebbe influenzato perché hanno come attori agli Stati con delle accise sopra questi minimi. Infatti, il *cross-border shopping* non ha come primo obiettivo ai NEM, niente più lontano dalla realtà; i cittadini degli Stati con le accise più elevate (l'Irlanda, il Regno Unito, la Svezia, la Finlandia o la Danimarca) praticano il *cross-border shopping* negli Stati di confine, generalmente appartenenti all'UE-15.

Nel caso delle bevande alcoliche, si presenta il paradosso che la tributazione nella Germania, la Spagna o l'Italia è ridotta in più che nei NEM. Il motivo si trova nella produzione vinicola e birraia di questi Stati, che si cerca di proteggere attraverso le aliquote ridotte.

Il tabacco, d'altra parte, grazie alla facilità per il suo trasporto, l'elevato prezzo/chilo e le grandi differenze fra le aliquote statali, genera un alto indice di acquisti transfrontalieri. La grande dipendenza economica dai rivenditori di tabacco nazionali nella vendita di questo prodotto ha portato ai commercianti nei confini a presionare agli Stati in modo che adottino delle misure adatte da limitare l'entrata del tabacco più economico da altri Stati membri. Infatti, questo

è il campo in cui abbiamo trovato la maggioranza delle misure statali e comunitarie per ridurre le possibilità di *shopping with the feet*.

6. Le misure per combattere il *cross-border shopping* al livello dell'UE sono adottate con carattere provvisorio per il divario causato nei per l'incorporazione dei NEM. La crescente impazienza di taluni Stati al riguardo degli effetti del *cross-border shopping* gli ha spinti ad adottare delle misure unilaterali difficilmente compatibili con il Diritto della UE.

Nelle Direttive sul ravvicinamento delle aliquote sui tabacchi lavorati si è cercato di proteggere la riscossione degli Stati limitando le possibilità di *cross-border shopping* negli Stati in processo di adattamento. Invece, queste misure non proteggono la Francia o il Regno Unito i cui pericolo di *cross-border shopping* ha origine in Stati membri che hanno ormai adempiuto con le accise minime fissate dalla Direttiva. Per questo motivo, per limitare le possibilità di *cross-border shopping* dai loro cittadini, hanno adottato delle misure unilaterali apparentemente sproporzionate e prive di coerenza. Siamo ancora in attesa della sentenza della CGUE per quanto riguarda al regime francese, la cui sarà un'importante punto di riferimento per chiarire i limiti della sovranità degli Stati.

La *language clause* introdotta dalla Finlandia e dall'Austria, che limita l'introduzione del tabacco non contrassegnato conformemente alle loro rispettive legislazioni, potrebbe ricevere il sostegno della Commissione. Nel quadro di una politica coerente di protezione della salute, questo può essere uno strumento utile, sotto la scusa del ostacolo delle diverse lingue, per limitare il consumo del tabacco che ha pagato l'accisa in un'altra giurisdizione.

7. Il concetto di uso personale è un pezzo chiave per capire l'esistenza di *cross-border shopping*. Abbiamo considerato che l'interpretazione fatta finora dalle istituzioni comunitarie è confusa e proponiamo che i livelli indicativi previsti nella direttiva fossero una soglia per l'inversione del carico della prova.

L'interpretazione dell'articolo 32 della direttiva 2008/118/CE ha meritato la nostra attenzione in questo capitolo. Il contorno del concetto di uso

personale, richiesto per l'applicazione della tributazione in origine, è fondamentale per calibrare le possibilità di arbitrio fiscale dai cittadini. La pratica delle Amministrazioni Statali, la sicurezza giuridica e il criterio di uguaglianza suggeriscono, secondo la nostra modesta opinione, che i livelli indicativi previsti nella direttiva diventassero una soglia per l'inversione del carico della prova. Consideriamo questi livelli troppo elevati per proteggere soltanto la libertà di circolazione. Se questa soglia è oltrepassata, dovrebbe corrispondere al particolare dimostrare l'assenza degli scopi commerciali.

L'autorizzazione che fa la Direttiva 2008/118/CE agli Stati a ridurre, in determinate circostanze, i livelli indicativi, fortifica la nostra posizione e suggerisce l'esistenza di un nuovo criterio di valutazione: lo *scopo commerciale indiretto*.

Inoltre, la riduzione selettiva dei livelli indicativi del uso personale secondo l'origine dei prodotti, impedisce un'esercizio in uguaglianza della libertà di circolazione. Cosa protegge questa misura? Il funzionamento del mercato interno? La coerenza delle politiche sanitarie? La riscossione, semplicemente la riscossione.

8. Una politica sanitaria coerente può giustificare un controllo più stretto sulle vendite di alcol e di tabacco, limitando, quindi le possibilità di *cross-border shopping* ed incentivando una tassazione più coerente con il principio di territorialità.

La nostra proposta per limitare gli effetti che l'arbitrio fiscale dei cittadini produce sulla riscossione e sull'efficacia delle politiche sanitarie degli Stati membri è limitare l'acquisizione di tabacco e alcol in origine, attraverso dei documenti comuni. In ogni caso, proponiamo una razionalizzazione degli acquisti, in cui l'acquisto di grandi volumi di prodotto sia considerata fatta con scopo commerciale indiretto e, pertanto, esclusi dall'ambito di applicazione dell'articolo 32 della Direttiva 2008/118/CE.

Tuttavia, riconosciamo che l'assenza di confini fisici difficoltà il controllo sugli acquisti dai privati (e anche da imprenditori a piccola scala) in altro Stato membro. Ecco perché proponiamo il controllo nello stato di origine. Nel quadro

di una politica di protezione della salute coerente e proporzionale riteniamo possibile il controllo sugli acquisti effettuati da persone sopra determinate soglie. Il problema principale, ovviamente, è che i beneficiati per gli acquisti sarebbero coloro che dovrebbero applicare tali misure.

9. *Cross-border shopping*, perché?

Lo scopo principale di questo capitolo è stato quello di mettere un po' di luce su un campo in cui la dottrina appena si era soffermata finora. Dopo questo studio, supportato nella esposizione del capitolo precedente, abbiamo trovato che, anche se le possibilità di concorrenza fiscale tra le giurisdizioni sono scarse, l'arbitrio fiscale può avere ugualmente effetti negativi sulla riscossione degli stati e sul funzionamento del mercato interno.

Osservate le cause e i problemi collegati al *cross-border shopping*, soprattutto nel settore delle accise, abbiamo cercato di mettere in ordine le misure adottate da alcuni Stati e formulare qualche proposte che servano come campo di riflessione in un futuro prossimo.

Infatti, la mancanza di dottrina specializzata in questo campo ci ha spinto a utilizzare frequentemente risorse bibliografiche non giuridiche. Invece di risultare uno svantaggio, crediamo che questo ha permesso al capitolo una integrazione orizzontale che altrimenti non si sarebbe raggiunta. Ricerche nell'ambito della salute, analisi statistiche e anche notizie delle media, ci hanno permesso di conoscere aggiornatamente gli angoli di una realtà complessa.

10. Il nostro impegno per il futuro: promuovere il collegamento delle entrate fiscali delle accise con il territorio dove il consumo avviene e avanzare nell'accantonamento delle entrate ai problemi che esso genera.

Sullo sfondo, non aiuta alla costruzione dell'UE che i particolari possano approfittarsene dalle distorsioni e le disparità fiscali create per la mancanza di armonizzazione sulle aliquote nella fiscalità indiretta. Non contribuisce nemmeno, che ci siano confini in cui il commercio è distorto (pervertito, alterato) per la dominanza del *cross-border shopping* come modello di rapporto economico.

Invece, contribuisce alla costruzione dell'UE che i cittadini acquistino i beni e servizi dove ci sia il migliore rapporto qualità-prezzo. Costruirebbe Europa qualsiasi misura per togliere degli ostacoli per raggiungere questo obiettivo.

La nostra aspirazione come giuristi deve essere tale che il processo decisionale non sia condizionato dai fattori fiscali o, almeno, che il fattore fiscale venga collegato a un insieme di valori, servizi, ecc., che impediscano il suo isolamento e funzionamento come un semplice strumento di arbitrio fiscale. In conseguenza, siamo pronti a difendere le misure unilaterali che abbiano per obiettivo l'imporre degli ostacoli alle libertà comunitarie nell'ambito delle accise se sono coerenti con la protezione della salute, soprattutto se rafforzano il principio di tassazione in consumo e l'accantonamento delle entrate ai problemi che coinvolgono questi consumi dannosi.

Capitolo quarto

La concorrenza fiscale nella fiscalità delle persone fisiche

L'obiettivo principale di questo capitolo è stato quello di fornire un'analisi sistematica della presenza di nicchie di concorrenza fiscale nella tassazione delle persone fisiche. Pertanto, applicando lo schema sviluppato nel secondo capitolo, abbiamo fatto una valutazione dei diversi fattori che determinano le possibilità di arbitrio fiscale da parte dei cittadini. In questo caso, abbiamo individuato che le possibilità di arbitrio fiscale saranno particolarmente legate alla mobilità selettiva degli individui e dei loro imponibili e alle differenze di tassazione fra Stati membri, sia attraverso schemi specifici sia attraverso i macro elementi del sistema (aliquote fiscali, trattamento della doppia imposizione, scambi di informazioni, etc.). Queste differenze, come abbiamo già avvertito, possono essere impiegate dagli stessi Stati membri, consapevoli che così possono promuovere la realizzazione di un arbitrio fiscale attirando

cittadini stranieri nella loro giurisdizione, fatto che gli porterà benefici sotto un certo numero di condizioni. Fatta questa breve sintesi, queste sono le principali conclusioni del nostro studio:

1. La *flat tax*, forse un nemico sopravvalutato?

Lontano dai timori iniziali, la implementazione di *flat tax* da parte di otto dei NEM non ha suscitato nessun nuovo processo di concorrenza fiscale tra gli Stati membri. Infatti, hanno appena incoraggiato il movimento dei cittadini provenienti da altre giurisdizioni. Perché?

In primo luogo, in generale la mobilità dei lavoratori è più influenzata dalla possibilità di trovare un lavoro e migliorare le condizioni di vita che dal fattore fiscale. Inoltre, queste economie sono ancora poco attraenti per i cittadini di altri Stati membri e inoltre gli manca una struttura di imprese che possa sostenere questa importazione di capitale umano. A questi elementi, si deve aggiungere che troviamo discutibile lo scopo competitivo di queste misure a livello della migrazione internazionale. Crediamo invece che essi siano più orientate verso la competitività globale dell'economia e allo scopo di fare emergere l'economia sommersa.

2. Gli altri Stati membri, in ogni caso, erano consapevoli delle proprie debolezze e hanno fortificato le loro difese. In questo modo, si sono diffuse due misure che rompono lo schema classico di imposizione personale progressiva, beneficiando i redditi più mobili: il capitale e la manodopera qualificata.

Uno dei motivi che hanno contribuito a far sì che la minaccia di *flat tax* non fosse tale sono state le misure degli altri Stati membri orientate a ridurre l'attrattiva di esse. Come? Semplicemente limitando la progressività dei propri sistemi fiscali in relazione agli elementi di maggiore mobilità nella tassazione delle persone fisiche: i redditi da capitale e la manodopera altamente qualificata. In questo modo, la maggior parte degli altri Stati membri hanno approvato un sistema di *dual income tax* sul reddito che prevede un regime di tassazione separata con aliquote ridotte e generalmente proporzionali sui

redditi del capitale. Inoltre, la maggioranza di Stati della UE-15 hanno approvato qualche regime speciale per attrarre dei lavoratori espatriati, offrendo condizioni vantaggiose con lo scopo di ridurre l'impatto della progressività. Abbiamo provato attraverso un'analisi della imposizione effettiva in ogni Stato gli effetti della progressività negli Stati con diversi scaglioni di redditi e l'effetto impercettibile nei sistemi *flat tax* (anche a volte negativo se prendiamo in considerazione la regressività estesa dei contributi sociali).

Lo studio condotto in questo capitolo quarto porta ad identificare questi due campi (regimi per attrarre gli espatriati e i redditi da capitale) come le due nicchie principali della concorrenza fiscale a livello dell'UE in materia di fiscalità diretta delle persone fisiche.

3. I regimi speciali per attrarre i lavoratori espatriati o come *il denaro muove le montagne*.

Nei regimi relativi ai lavoratori espatriati apprezziamo tutte le circostanze che favoriscono la pratica di arbitrio fiscale da parte dei cittadini. In primo luogo, questi lavoratori altamente qualificati hanno un alto indice di mobilità perché ottengono redditi così elevati che possono compensare ampiamente i costi sociali o economici di qualsiasi trasferimento (*il denaro muove le montagne*). Un cambiamento di residenza determinerebbe, in linea di principio, che tutti i redditi fossero soggetti a tassazione nel nuovo stato di residenza, secondo i criteri della base imponibile mondiale. Invece, uno dei vantaggi più diffusi di questi regimi è che permettono rinviare l'applicazione di questo principio. Cioè, l'espatriato sarà tassato soltanto nel nuovo stato di residenza per il reddito ottenuto nello stesso Stato.

Inoltre, è stato dimostrato empiricamente che le imprese assumono il costo delle imposte quando cercano di attrarre queste persone (offrendo un salario netto), è evidente quindi che ridurre la pressione fiscale su di loro gli permetterà di offrire un salario più elevato, fomentando l'attrazione di lavoratori con redditi elevati. Tuttavia, dobbiamo riconoscere che ci sono altri elementi nell'equazione di un cambiamento di residenza, questione evidente se guardiamo la limitata capacità di attrazione di uno stato come la Bulgaria, con

una *flat tax* del 10%. Questo fatto dimostra che lo stimolo fiscale che costituisce un regime agevolato per gli espatriati (ad esempio con una parziale esenzione di reddito o una aliquota proporzionale ridotta), incoraggerà solo l'arbitraggio fiscale verso quegli Stati che già soddisfano altre condizioni per attirare manodopera qualificata.

4. Perché quasi tutti gli Stati hanno approvato la loro propria *legge Beckham*? Forse perché, ad eccezione di questioni "minori" riguardanti i principi di giustizia fiscale, di uguaglianza, di non discriminazione, ecc, sono tutti benefici.

Gli Stati membri, hanno tutti gli incentivi sottolineati nel secondo capitolo per creare dei regimi speciali con lo scopo di attirare l'arbitrio fiscale dei cittadini con redditi elevati e cominciare (oppure continuare, difensivamente) una dinamica di concorrenza fiscale. Prima di tutto, dato che soltanto se offrono tali regimi ai non residenti, la riscossione interna non soffre perché gli effetti del regime agevolato sono isolati (un effetto di *ring-fencing*, ricordiamo è vietato dal Codice di Condotta). Infatti, il trasferimento di questi cittadini provocherà l'aumento della riscossione fiscale per la loro soggezione al potere dello stato, inoltre per la loro comoda posizione economica (*self-welfare*, l'abbiamo denominato) richiedono pochi servizi pubblici. Al tempo stesso, a parte la riduzione dei costi per le imprese (che in pratica assumono la fattura fiscale degli espatriati fornendogli condizioni di lavoro nette), questi lavoratori qualificati contribuiscono all'economia con la loro elevata produttività, il loro *know how* e addirittura con la pubblicità (per esempio gli sportivi). In definitiva, tutti gli ingredienti per avviare una dinamica di concorrenza fiscale soprattutto tenendo conto che questa forma di discriminazione alla rovescia non ha nessun freno all'interno del Diritto dell'UE. Infatti, soltanto le *domestic constraints* (osservati nel lontano primo capitolo) hanno imposto qualche restrizione a questa dinamica.

Per parte nostra, anche se consideriamo gli interessi legittimi degli Stati, riteniamo che queste disposizioni, quando superano la rigorosa compensazione delle spese del trasferimento di residenza, attraversano la linea rossa della

concorrenza fiscale dannosa (e meglio non parliamo dell'attacco ai più elementari principi di giustizia fiscale). Tuttavia, la difficoltà per sviluppare soluzioni coordinate in questo settore è evidente, data la disparità di interessi tra gli Stati membri (un chiaro esempio è l'esclusione di questi regimi dalla prima versione del Codice di Condotta). Una volta che uno Stato ha creato questi regimi, tutti gli altri sono spinti ad adottarli.

Anche se i più recenti documenti della Commissione puntano alla possibilità di riaprire il dibattito per quanto riguarda il controllo su queste misure, concepiamo come soluzione solo una negoziazione multi-party con diverse questioni in cui ogni stato per vincere abbia bisogno di sapere perdere.

5. La vera ragione per creare un sistema di *dual income tax* non è nella concorrenza diretta delle *flat tax*, ma nel tentativo di ridurre gli incentivi per evitare che i propri residenti adottino scelte di pianificazione fiscale aggressive. *Il nemico è in casa*.

Alla fine, le differenze di tassazione sul capitale fra gli Stati membri non sono significative, anche tenendo conto delle *flat tax*, data l'applicazione quasi unanime di *dual income tax* negli Stati dell'UE-15. La decisione di ridurre le aliquote non è stata presa per il confronto con la tassazione degli altri Stati, ma nel pericoloso incentivo che rappresenterebbero aliquote elevate per la pianificazione fiscale dei cittadini. Pertanto, il rischio non è che un cittadino si trasferisca in un altro Stato membro per godere di un regime più vantaggioso sui redditi da capitale, ma che questo stesso residente, si avvalga della mobilità di questi redditi per migliorare la sua tassazione senza cambiare la sua residenza, cioè da casa (o dall'ufficio di un bravo consulente). Ogni Stato, pertanto, compete contro se stesso (e la lassità degli altri Stati nella creazioni di regimi che nascondono redditi, ma non in una concorrenza delle aliquote).

6. L'arbitrio fiscale nel reddito da capitale: così facile come fare clic (a meno che gli Stati pongano rimedio... se vogliono).

La situazione del reddito da capitale è più complessa da un punto di vista tecnico. Tuttavia, ci sono stati progressi a livello comunitario per ridurre le

possibilità di arbitrio fiscale. In primo luogo, è ovvio, che il capitale è la manifestazione di reddito più mobile. Investire o aprire un deposito in altro Stato membro non richiede il trasferimento fisico come accade con i redditi di lavoro, ma semplicemente un clic. Sebbene il principio di base imponibile mondiale renda più difficile eludere la tassazione nello stato di residenza, anche per quanto riguarda gli investimenti effettuati in altri Stati, abbiamo visto nel capitolo alcuni degli strumenti che i grandi investitori utilizzano per aggirare questa regola. Le CFC, le lacune nella direttiva del risparmio, l'esenzione del *withholding tax* sui dividendi, ecc., sono ingredienti che, con una pianificazione intelligente possono superare le misure antiabuso degli Stati membri.

Infatti, come ha sottolineato la Commissione nell'ultima COM (2012) 722/2, il livello di protezione nell'UE contro queste pratiche si livella verso il basso. Cioè, al livello dello Stato, più *distratto* nella applicazione delle misure antiabuso verso l'esterno (fra gli Stati membri la CGUE limita lo spazio per le misure antiabuso alle costruzioni di puro artificio). Quali sono gli incentivi affinché gli Stati diventino così *distratti*? In altre parole, perché alcuni Stati sfruttano le possibilità di arbitrio fiscale in questo campo e concorrono ad attirare i redditi da capitale?

7. Senza strumenti coercitivi che possano equilibrare le forze in confronto nell'UE ci sono e ci saranno troppi incentivi per uno Stato che boicotti l'applicazione del criterio della base imponibile mondiale e qualsiasi tentativo di raggiungere la neutralità nell'esportazione di capitale (CEN).

Di nuovo troviamo in questo caso il concorso di un gran numero di fattori che favoriscono che qualche Stato membro devii dal *level playing field* perseguito dall'UE e si comporti in modo sleale per attirare questi redditi. Prima di tutto, sono perfettamente conosciuti i benefici collegati a un settore finanziario sviluppato come motore economico. D'altra parte, soltanto alcune delle misure sono applicabili agli investitori stranieri (come la rinuncia a praticare il *withholding tax* sui dividendi pagati all'estero) isolando l'economia nazionale dai suoi effetti (ring-fencing). Parimenti, non ci sono costi associati a

questi redditi che non richiedono infrastrutture e non consumano servizi: *they come, they invest, they leave*. Addirittura, il Diritto dell'UE incontra gravi ostacoli per frenare questi atteggiamenti. L'interruzione della necessaria riforma della direttiva del risparmio è il miglior esempio. Non c'è nessuna prova maggiore di concorrenza fiscale che bloccare un accordo che promuove la trasparenza nei mercati finanziari dell'UE con lo scopo di garantire l'imposizione nello stato di residenza dell'investitore. Non vogliamo giudicare, il lettore è libero di giudicare.

Per tutte le ragioni esposte, saremo attenti alla nuova linea di lavoro della Commissione esposta nelle più recenti Raccomandazioni del 6 dicembre 2012: C(2012) 8805 final, *concernente misure destinate a incoraggiare i paesi terzi ad applicare norme minime di buona governance in materia fiscale* e C(2012) 8805 final *sulla pianificazione fiscale aggressiva*. In questi documenti, proponeva formule di coordinazione su questioni essenziali come clausole antiabuso o contro la doppia non imposizione. Nell'area dell'imposizione personale ha proposto un nuovo slancio ad alcune sfide pendenti: la estensione del Codice di Condotta ai regimi degli espatriati, la riforma della Direttiva del risparmio e l'eterno conflitto con la Svizzera. La preoccupazione delle istituzioni comunitarie corrobora lo scopo di questo capitolo: nel campo delle persone fisiche la concorrenza fiscale c'è e si vede.

Capitolo quinto

La fiscalità societaria. Recenti sviluppi in materia di concorrenza fiscale dannosa: Codice di condotta e aiuti di Stato

Prima di esporre le conclusioni a cui siamo giunti nello studio degli ultimi aggiornamenti del Codice di Condotta e del regime degli aiuti di stato, vogliamo ricordare la limitazione intrinseca dell'analisi. Abbiamo parcheggiate lo studio di questioni importanti per una ricerca futura, in attesa degli sviluppi contro i

paradisi fiscali da parte dell'OCSE o della ipotetica approvazione della CCCTB. Tuttavia, crediamo che questo lavoro contribuisca a fornire un sistema che renderà più facile nel futuro dotare di natura orizzontale qualsiasi progetto futuro sul particolare. Tornando al tema del nostro studio, sottolineiamo le principali conclusioni:

1. La complessità del contesto economico moltiplica le possibilità di arbitraggio fiscale... per le società multinazionali.

Non affrontiamo problemi che hanno una soluzione bilaterale, nemmeno una soluzione comunitaria. Le strutture per il trasferimento degli utili impiegano elementi di diverse giurisdizioni che, se non sono integrati in un progetto comune (oppure unite in qualche senso) non accetteranno soluzioni di cooperazione proposte in altre sfere.

Inoltre, la disparità dei modelli economici mette l'Unione europea in una posizione più debole nei confronti della concorrenza internazionale per le richieste e le rigidità dello Stato del Benessere. Ma conoscendo questa debolezza, dovrebbe evitarsi che i nemici principali del modello fossero i suoi stessi partecipanti. Né l'UE né l'OCSE saranno legittimate per agire contro i paradisi fiscali o contro i regimi degli Stati o territori terzi potenzialmente dannosi se consentono in *parola, opera e omissione* che i suoi membri stessi partecipino in modo attivo in questa catena *immorale* di pianificazione fiscale.

2. I lavori del Gruppo del Codice di Condotta hanno una gran legittimità derivata dalla partecipazione di tutti gli Stati nelle sue deliberazioni. Purtroppo, bisogna alzare il livello politico delle sue discussioni per rafforzare il valore delle sue proposte.

Il lavoro del Gruppo, in contrasto con la paralisi dei grandi progetti sull'armonizzazione della Commissione (principalmente la CCCTB), è un foro dinamico e aperto a tutti gli Stati membri; legittimità che gli permette di superare la tradizionale riluttanza della sussidiarietà e il fantasma dell'unanimità. Così è riuscito a proporre delle soluzioni flessibili per alcune delle questioni più scottanti della fiscalità comunitaria. A parte il suo rinnovato campo di azione, in

continua espansione, il suo profilo tecnico deve essere completato con una partecipazione di un livello superiore che doterà di una maggiore forza le proposte e le soluzioni raggiunte.

3. L'entrata in scena del Codice di Condotta, insieme con l'attivismo della Commissione in materia di aiuti di stato, hanno cambiato il modello della concorrenza fiscale nell'UE.

L'azione congiunta di entrambi gli strumenti ha reso più difficile per una società approfittarsi di un regime speciale concreto di uno Stato. Invece, ha proliferato fra le società un'arbitrio fiscale più complesso che sfrutta la scoordinata (intenzionale o non) interazione tra elementi macro dei diversi sistemi. La rete di convenzioni contro la doppia imposizione, la disparità fra le aliquote e le differenze di trattamento e classificazione dei redditi passivi (interessi, dividendi, royalties) causano un numero infinito di combinazioni che moltiplicano le opportunità di arbitrio fiscale. Tuttavia, uno degli elementi più incontrollabile di questa concorrenza fra i sistemi per l'UE è il negligente collegamento con i paradisi fiscali da parte da alcuni Stati membri le cui operazioni sono "lavate" attraverso uno Stato membro. Senza una risposta coordinata o comune, qualsiasi porta socchiusa diventa un biglietto di prima classe per godere delle libertà comunitarie e svuotare gli utili delle società europee.

4. Una interpretazione finalista del criterio di selettività degli aiuti di stato potrebbe essere in linea con l'evoluzione del Codice e rendere più coerente la lotta contro la concorrenza fiscale dannosa. Senza armonizzazione...Commissione.

Il principale ostacolo all'attuazione congiunta del Codice di Condotta ed al regime degli aiuti di stato è il concetto limitato di selettività, che ha promosso la fuga in direzione di misure di carattere generale. Tuttavia, nella linea argomentativa di cui sopra, la valutazione della concorrenza fiscale dannosa deve fuggire di formalismi e concentrarsi sugli effetti potenziali (ovvio, quando non ci siano reali) delle misure. A volte, a prima vista possono sembrare

innocue, ma in combinazione con altri fattori, dobbiamo valutare se causeranno distorsioni sul mercato e sulla concorrenza. In questo modo, siamo favorevoli a un ridefinizione espansiva del concetto di selettività che permetta di raggiungere sotto il suo esame misure apparentemente generali che hanno un effetto o una potenziale distorsione nei rapporti transfrontalieri.

Questa espansione del criterio di selettività degli aiuti di stato è stata osservata già nella giurisprudenza della CGUE e può rispondere ad un'interpretazione teleologica del suo ruolo che, a causa della assenza o insufficienza di altri mezzi per proteggere gli obiettivi dei Trattati, legittimerebbe un'analisi meno formalista della norma e permetterebbe (come è stato fatto con la valutazione del carattere dannoso delle misure nel codice) di valutare l'impatto reale o potenziale di una misura sui diversi destinatari. Infatti, la rottura con il tradizionale concetto di aiuto di stato come misura strettamente protezionista e il suo uso contro forme di discriminazione alla rovescia chiaramente competitive è un passo avanti nella equiparazione tra gli obiettivi e scopi del Codice e quelle dello del regime di aiuti di stato. Cioè, nell'uso congiunto di entrambi contro gli strumenti di concorrenza fiscale dannosa. La Sentenza della CGUE di 15 novembre 2012, *Gibralterra*, cause riunite C-106/09 e C-107/09, è un punto di partita certamente soddisfacente e speranzoso.

5. Dobbiamo sollevare i tappeti? Sarebbe necessario modificare il regime di aiuti di stato e il codice di condotta per mettere sotto controllo i regimi riguardanti la tassazione delle persone fisiche, quando abbiano un effetto simile sulla concorrenza, soprattutto per i regimi degli espatriati.

Una delle questioni in sospeso è la possibilità di estendere i principi del Codice e l'applicazione del regime degli aiuti di stato ad aspetti della tassazione delle persone fisiche con impatto diretto sulla concorrenza, soprattutto per i regimi degli espatriati. Nel caso degli aiuti di stato abbiamo già indicato nel capitolo precedente che per la sua applicazione sarebbe necessario superare due ostacoli. In primo luogo, non c'è la selettività richiesta per l'articolo 107.1, perché non sono misure che favoriscono "talune imprese o talune produzioni", ma soggetti specifici che possono essere assunte, in linea di principio, da

qualsiasi impresa o settore (un altro problema è che gli alti stipendi richiesti a volte per l'applicazione di questi regimi in pratica possano essere pagate soltanto dalle grandi imprese).

Inoltre, il vantaggio fiscale cosiddetto che otterrebbe indirettamente l'impresa si basa sull'abitudine di assumere le imposte degli espatriati attirati dall'estero. Tuttavia, il principio di indisponibilità del debito fiscale fa del cittadino l'unico obbligato in qualità di contribuente sui redditi ottenuti. Pertanto, il primo requisito per qualificare una misura come aiuto secondo la Commissione: "che conferisca al beneficiario un vantaggio che alleggerisca gli oneri normalmente gravanti sul bilancio"², non sarebbe soddisfatto a nostro parere. Non c'è un obbligo legale di assumere, come regola generale, questo onere fiscale.

Nel caso del Codice di Condotta, il problema oltre che formale ("il presente codice di condotta in materia di tassazione delle imprese..."³), è d'interpretazione: ogni esegesi del suo contenuto e trattamento evidenzia che questi regimi, sono stati esclusi apposta dal suo ambito come conferma la inclusione nella prima versione del Codice e la sua cancellazione posteriore.⁴.

² Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese, 98/C 384/03, par. 9.

³ Conclusioni del Consiglio ECOFIN del 1 dicembre 1997 in materia di politica fiscale, *DOCE* C 2, de 6 gennaio 1998, lettera A.

⁴ "Il codice si applica altresì ai regimi tributari speciali riservati ai dipendenti e che producono un effetto analogo sulla scelta dell'ubicazione dell'attività imprenditoriale". COMUNICAZIONE della Commissione al Consiglio verso il coordinamento fiscale nell'Unione europea. Un pacchetto di misure volte a contrastare la concorrenza fiscale dannosa, COM (1997) 495 finale, 1 ottobre 1997, lettera C.

BIBLIOGRAFÍA

1. Obras Colectivas

Agevolazioni fiscali e aiuti di Stato, a cura di Manilio Ingresso e Giuseppe Tesauro, Jovene Editore, Nápoles, 2009.

Análisis comparativo de los impuestos directos en la Unión Europea y Estados Unidos, Instituto de la Empresa Familiar, Madrid, 2005.

Armonización, Coordinación Fiscal y Lucha contra el Fraude, director: Francisco Adame Martín, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma, Relator General: Adriano Di Pietro, CEF, Madrid, 2010.

Comentarios de Derecho Fiscal Comunitario. Análisis e interacción con la normativa fiscal española, coordinador: Juan López Rodríguez, Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid, 2011.

Common Consolidated Corporate Tax Base, directores: Michael Lang y otros, Linde, Munich, 2008.

A common consolidated corporate tax base for Europe, directores: Wolfgang Schön y otros, Springer, Berlín, 2008.

Comparative tax studies: essays in honour of Richard Goode, director: Sijbren Cnossen, North-Holland, Amsterdam, 1983.

Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea, coordinador: Nestor Carmona Fernández, CISS, Valencia, 2012.

Per una costituzione fiscale europea, a cura di A. Di Pietro, Padova, 2008.

Le droit saisi par la mondialisation, director: Charles-Albert Morand, Bruylant, Bruselas, 2001.

EC State Aid Law: liber amicorum in honour Francisco Santaolalla Gadea, Kluwer law international, Alphen aan den Rijn, 2008.

Economic Aspects of smoking in Europe, European Network For Smoking Prevention, Bruselas, 2002.

Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala, coordinadores: César Albiñana García-Quintana y otros, Dykinson, Madrid, 2007.

Estudios sobre fiscalidad internacional y comunitaria, director: Miguel Ángel Collado Yurrita, Centro Internacional de Estudios Fiscales, Colex, Madrid, 2005.

Estudios sobre fraude fiscal e intercambio internacional de información tributaria, coordinadores: Miguel Ángel Collado Yurrita y Saturnina Moreno González, Atelier, 2012.

EU Tax Law. Direct Taxation, IBFD, La Haya, 2011.

L' Europe face a la regionalisation fiscale: competence, competitivite et efficacite, directores: Jacques Autenne y Adriano Di Pietro, Bruylant, Bruselas, 2009.

European Tax Handbook 2012, directores: Ola van Boeijen-Ostaszewska y Marnix Schellekens, IBFD, Ámsterdam, 2012.

Fiscal, monetary and exchange rate issues of Eurozone enlargement: a report, directores: Katarzyna Zukrowska, Renzo Orsi y Vladimir Lavrac, Instytut Wiedzy, Varsovia, 2004.

Fiscalidad Internacional, director: Fernando Serrano Antón, CEF, Madrid, 2010.

Fiscalidad Práctica, Tomo V, Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, impuesto sobre sucesiones y donaciones e impuestos especiales, coordinador: Miguel Pérez de Ayala Becerril, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.

Fiscalité Européenne: Actualités et Points Sensibles, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2009.

GST in Retrospect and Prospect, directores: David White y Richard Krever, Thomson Brookers, Wellington, 2007.

El Impacto del Derecho de la UE en el poder tributaria de las CC.AA., coordinadores: Francisco Escribano López, Adolfo Martín Jiménez, Francisco M., Carrasco González y Alfonso Sanz Clavijo, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

Institutions and Economic Performance, director: Elhanan Helpman, Harvard University Press, Londres, 2008.

International and Comparative Taxation. Essays in Honour of Klaus Vogel, directores: Kees van Raad, Kluwer Law International, La Haya, 2002.

International Studies in Taxation: Law and Economics, Liber Amicorum Leif Mutén, directores: Gustaf Lindencrona, Sven-Olof Lodin y Bertil Wiman, Kluwer, Londres, 1999.

International Tax Competition. Globalisation and Fiscal Sovereignty, director: Rajiv Biswas, Commonwealth Secretariat, Londres, 2002.

The Law of State Aid in the European Union, directores: Andrea Biondi, Piet Eeckhout, James Flynn, Oxford University Press, Oxford, 2004.

Manual de fiscalidad internacional, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.

Medium Term Review 2008-2015, The Economic and Social Research, Dublín, 2008.

Il mercato del vino. Tendenze strutturali e strategie dei concorrenti, a cura di: Gian Paolo Cesaretti, Raúl Green, Angela Mariani y Eugenio Pomarici, Franco Angeli, Milán, 2006.

Mondialisation et fiscalité - la globalisation fiscale, director: Marc Leroy, Editions L'Harmattan, collection Finances publiques, París, 2006.

New Horizons: Multinational Company Investment in Developing Countries, McKinsey Global Institute, San Francisco, 2003.

Le nouveau Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, texto actualizado bajo la dirección de Josette Rey-Debove y Alain Rey, Dictionnaires Le Robert, París, 2007.

Observaciones al Libro Verde de la Comisión Europea y propuestas sobre el futuro del IVA, directores: Adriano di Pietro y Javier Lasarte Álvarez, Escuela Europea de Altos Estudios Tributarios – Universidad Pablo de Olavide, 2012.

Las operaciones intracomunitarias en el impuesto sobre el valor añadido y en los impuestos especiales armonizados, director: Javier Lasarte Álvarez, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2004.

The Oxford English Dictionary, preparado por: J. A. Simpson y E. S. C. Weiner, Segunda Edición, Clarendon Press, Oxford, Nueva York, 1991.

Poder tributario y competencia fiscal, director: Germán Orón Moratal, Instituto de Estudios Riojanos, 2003.

Principi di diritto tributario comunitario, a cura di Angela Maria Proto, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.

Principi di diritto tributario europeo e internazionale, a cura di: Claudio Sacchetto, G.Giappichelli, Turín, 2011.

The principle of equality in taxation (constitutional law, European law, WTO and tax treaties), Eucotax Wintercourse 2010, Uppsala Universitet, 2010.

Rapporti e concorrenza tra ordinamenti : atti del Seminario di studio, 10 marzo 2006, Facoltà di economia, Università di Siena, a cura de Antonia Irace y Carlo Maviglia, Giuffrè, Milán, 2007.

The relevance of WTO Law for Tax Matters, directoras: Judith Herdin-Winter e Ines Hofbauer, Linde, Viena, 2006.

Research handbook in international economic law, directores: Andrew T. Guzman y Alan O. Sykes, Edward Elgar, Cheltenham (Reino Unido), 2007.

Lo stato della fiscalità nell'Unione europea. L'esperienza e l'efficacia dell'armonizzazione, coordinador: Adriano Di Pietro, tomos I y II, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Roma, 2003.

Stratégies fiscales des États et des Entreprises: souveraineté et concurrence, directores: Michel Aujean y Christian Saint-Étienne, Le Cercle des economists, Descartes & Cie, Paris, 2009.

Tax Competition, Eucotax Wintercourse 2008, Corvinos University, Budapest, 2008.

Tax Competition in Europe, director: Wolfgang Schön, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 2003.

Taxation and gender equity: a comparative analysis of direct and indirect taxes in developing and developed countries, directores: Caren Grown e Imraan Valodia, Routledge, Londres, 2010.

Tax Reform in the 21st Century: a volume in Memory of Richard Musgrave, directores: John G. Head y Richard Krever, Kluwer, Series of International Taxation, Iphen aan den Rijn, 2009.

Tobacco Control in Developing Countries, directores: Prabhat Jha y Frank Chaloupka, Oxford University Press, 2000.

Tratatto di Diritto Amministrativo Europeo, directores: Mario P. Chiti y Guido Greco, Giuffrè Editore, Milán, 2007.

Unión Europea. Armonización y coordinación fiscal tras el Tratado de Lisboa, director: Javier Lasarte Álvarez, coordinadores: Francisco Adame Martínez y Jesús Ramos Prieto, Universidad Pablo de Olavide, Scuola Europea di Alti Studi Tributari, Sevilla, 2011.

A vision of taxes within and outside European borders: Festschrift in honor of Prof. Dr. Frans Vanistendael, directores: Luc Hinnekens y Philippe Hinnekens, Kluwer Law international, Alphen aan den Rijn, 2008.

2. Artículos y monografías

ABELLA POBLET, E., *Manual del IVA*, 3ª Edición, La Ley, Madrid, 2006.

ABERY, E., "The OECD and harmful tax practices", *Tax Notes International*, Vol. 46, núm. 8, 2007, págs. 823-851.

ADAME, L., "State Aid Rules Vs. Subsidies and Countervailing Measures", en AA.VV., *The relevance of WTO Law for Tax Matters*, directoras: Judith Herdin-Winter e Ines Hofbauer, Linde, Viena, 2006, págs. 359-374.

ADAME MARTÍNEZ, F. D., "Régimen jurídico de las consultas tributarias en Derecho español y comparado", *Documentos del Instituto de Estudios fiscales*, núm. 21, 2001.

- "El régimen transitorio de las operaciones intracomunitarias en el IVA: análisis de los problemas generados por su funcionamiento y consideraciones sobre la necesidad de sustituirlo por el régimen definitivo", en AA.VV., *Las operaciones intracomunitarias en el impuesto sobre el valor añadido y en los impuestos especiales armonizados*, director: Javier Lasarte, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2004, págs. 57-80.
- "Las medidas antiabuso en Derecho Comparado: análisis del estado de la cuestión en Italia, Francia y Alemania", en AA.VV., *Repercusiones tributarias de la ampliación de la Unión Europea*, directores: Jose María Labeaga Azcona y Pablo Chico de la Cámara, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2010, págs. 507-521
- "El Impuesto sobre las Personas Físicas en la Unión Europea", en AA.VV., *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, Relator General: Adriano Di Pietro, CEF, Madrid, 2010, págs. 139-156.
- "La imposición sobre la renta de las personas físicas en la Unión Europea", en AA.VV., *Unión Europea. Armonización y coordinación fiscal tras el Tratado de Lisboa*, director: Javier Lasarte Álvarez, coordinadores Francisco Adame Martínez y Jesús Ramos Prieto, Universidad Pablo de Olavide, Scuola Europea di Alti Studi Tributari, Sevilla, 2011, págs. 107-129.

AKERSTED, H., "Sociedades Holding y otras entidades con trato fiscal preferente en el contexto de la competencia fiscal", *Revista de la economía social y de la empresa*, núm. 52, 2008 , págs. 61-87.

ALAMAR, B., MAHMOUD, L., y GLANTZ, S. A., *Cigarette smuggling in California: Fact and fiction*, San Francisco: Center for Tobacco Control Research and Education, Tobacco Control Policy Making, University of California, 2003.

ALESSANDRO, T., "I recenti sviluppi internazionali in materia di scambio di informazioni", *Fiscalità Internazionale*, núm. 2, 2010, pág. 155 y ss.

ALIGHIERI, D., *La divina comedia*, 1304-1321.

ALMUDI CID, J. M., "Planificación fiscal internacional a través de sociedades holding", *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 24, 2006.

- "La relevancia de los convenios de doble imposición internacional para determinar el incumplimiento de las libertades comunitarias en el estado de la fuente", *Quincena Fiscal*, núm. 9, 2008. Recurso electrónico Westlaw: BIB 2008/603.

ALMUDÍ CID, J. M. y SERRANO ANTÓN, F. "La residencia fiscal de las personas físicas en los Convenios para evitar la doble imposición internacional y en la normativa interna española", *Revista de Contabilidad y Tributación. Comentarios. Casos prácticos*, núm. 221-222, 2001, págs. 73-104.

- ALPA, G., "La competizione tra ordinamenti: un approccio realistico", en AA.VV., *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di: Andrea Zoppini, Editori Laterza, Roma-Bari, 2004.
- ALTINDAG, S., *La concurrence fiscale dommageable. La coopération des États membres et des autorités communautaires*, L'Harmattan, Paris, 2009.
- ALTSHULER, R. y GOODSPEED, T. J., "Follow the leader? Evidence on European and U.S. Tax Competition", *Department Working papers*, Rutgers University, núm. 26, 2002.
- ALTSHULER, R. y GRUBERT, H., "Taxpayer Responses to Competitive Tax Policies and Tax Policy Responses to Competitive Taxpayers: Recent Evidence", *Tax Notes International*, Vol. 34, núm. 13, 2004, págs. 1349-1362.
- ÁLVAREZ BARBEITO, P. y CALDERÓN CARRERO, J. M., *La tributación en el IRPF de los trabajadores expatriados e impatriados*, Netbiblo, La Coruña, 2010.
- ÁLVAREZ DE LINERA, P., "El régimen fiscal de los impatriados", *Legal Today*, 22 de junio de 2009.
- ÁLVAREZ GARCÍA, S., FERNÁNDEZ DE SOTO BLASS, M. L. y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A. I., "La fiscalidad del ahorro en la Unión Europea: entre la armonización fiscal y la competencia de los sistemas tributarios nacionales", *Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 15, 2003.
- ÁLVAREZ GARCÍA, S., ROMERO JORDÁN, D. y JORGE GARCÍA-INÉS, M., "Un análisis de los factores determinantes de la dieselización del parque automovilístico en la UE", Comunicación presentada en el *X Encuentro de Economía Aplicada*, Logroño, 14, 15 y 16 de junio de 2007.
- AMMANNATI, L., "Esiste concorrenza tra ordinamenti giuridici nell'ordinamento europeo? Qualche considerazione introduttiva", en AA.VV., *Rapporti e concorrenza tra ordinamenti : atti del Seminario di studio*, 10 marzo 2006, Facoltà di economia, Università di Siena, a cura de Antonia Irace y Carlo Maviglia, Giuffrè, Milán, 2007, págs. 141-159.
- AMATUCCI, A., "Aspetti tributari dell'allargamento dell'Unione Europea", *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, 2004, págs. 3-9.
- ANDERSSON, K., "An optimal and competitive common consolidated corporate tax base – a comprehensive measure towards a better functioning internal market", *EC Tax Review*, 2008-3, págs. 98-99.
- ANDERSSON, F. y FORSLID, R., "Tax Competition and Economic Geography", *Journal of Public Economic Theory*, Vol. 5, núm. 2, 2003, págs. 279-303.
- ARNÁIZ ARNÁIZ, T., "El procedimiento de devolución del gasóleo profesional", *Revista de información fiscal*, núm. 79, 2007, págs. 45-62.
- ARNBERG, J. y LORD, S., *Swedish Alcohol Policy – an Effective Policy?*, The Swedish Retail Institute, Estocolmo, 2009.
- ARNOLD, B. J. y MCINTYRE, M. J., *International Tax Primer*, Segunda Edición, Kluwer international law, La Haya, 2002.
- ARRIBAS LEÓN, M., "La renuncia a la imposición patrimonial", en AA.VV., *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, Relator General: Adriano Di Pietro, CEF, Madrid, 2010, págs. 101-112.
- "El impuesto sobre el patrimonio en España", *Nueva fiscalidad*, núm. 2, 2012, págs. 9-57
- ARRIBAS LEÓN, M. y HERMOSÍN ÁLVAREZ, M., *Tributación de las adquisiciones intracomunitarias de bienes en el Impuesto sobre el Valor Añadido*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

- ASCARI, P. y BRUNISHOLZ, J., "Mise en place d'un système de communication de renseignements: le système FATCA", *Steuer Revue – Revue fiscale*, núm. 11, 2010, págs. 828-841.
- ASPLUND, M., FRIBERG, R. y WILANDER, F., "Demand and distance: Evidence on cross-border shopping", *Journal of public economics*, 2007, núm. 91, págs. 141-157.
- AUJEAN, M. "Le fonti europee e la loro efficacia in materia tributaria, tra armonizzazione, coordinamento e concorrenza fiscale leale", en AA.VV., *Per una costituzione fiscale europea*, a cura di A. Di Pietro, Padova, 2008, págs. 9-28.
- "L'évolution de la fiscalité en Europe sous l'impulsion de la Commission: 50 ans du traité de Rome", en AA.VV., *A vision of taxes within and outside European borders: Festschrift in honor of Prof. Dr. Frans Vanistendael*, directores: Luc Hinnekens y Philippe Hinnekens, Kluwer law international, Alphen aan den Rijn, 2008, págs. 21-52.
- AUJEAN, M. y LE CACHEUX, J., "Quelles sont les stratégies (offensives ou défensives) des États face à la concurrence fiscale? Concurrence fiscale et stratégies des États", en AA.VV. *Stratégies fiscales des États et des Entreprises: souveraineté et concurrence*, directores: Michel Aujean y Christian Saint-Étienne, Le Cercle des economists, Descartes & Cie, Paris, 2009, págs. 45-86.
- AULT, H., "Tax simplification from a comparative point of view", en AA.VV., *International Studies in Taxation: Law and Economics, Liber Amicorum Leif Mutén*, directores: Gustaf Lindencrona, Sven-Olof Lodin y Bertil Wiman, Kluwer, Londres, 1999, págs. 29-44.
- AULT, H., "Tax Competition: What (If Anything) To Do About It?", en AA.VV., *International and Comparative Taxation, Essays in Honour of Klaus Vogel*, director: Kees van Raad, Kluwer Law International, La Haya, 2002, págs. 1-8.
- AVI-YONAH, R. S., "Globalization, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State", *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Harvard Law School, núm. 4, 2000.
- "Tax competition, Tax arbitrage, and the International Tax Regime", *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, núm. 73, Michigan Law School, 2007.
 - "The OECD Harmful Tax Competition report: a 10th Anniversary retrospective", *Public Law and Legal Theory working Paper Series*, Michigan Law School, núm. 115, 2008, págs. 1-17.
- AYALA, J. E., "Carta de Europa: La recurrente crisis del euro y las reticencias de Alemania", *Política exterior*, Vol. 25, núm. extra 139, 2011, págs. 16-22.
- BAKIJ, J. y SLEMROD, J., "Do the Rich Flee from High State Taxes? Evidence from Federal Estate Tax Returns", *NBER Working Papers*, núm. 10645, 2004.
- BALDWIN, R. E. y KRUGMAN, P., "Agglomeration, integration and tax harmonization", *European Economic Review*, núm. 48, 2004, págs. 1-23.
- BALLARÍN ESPUÑA, M. y MACHO PÉREZ, A. B., "La «deslocalización» masiva de vehículos: límites a la elección y al cambio de domicilio en la gestión del impuesto sobre vehículos de tracción mecánica", en AA.VV., *Problemática de los procedimientos tributarios en las Haciendas Locales*, director: Fernando Serrano Antón, Civitas, Madrid, 2012, págs. 147-166.
- BANFI, S., FILIPPINI, M., y HUNT, L. C., "Fuel tourism in border regions: The case of Switzerland", *Energy Economics*, Vol. 27, 2005, págs. 689-707.
- BARCIELA LÓPEZ, J. A., "La fiscalidad de los dividendos transfronterizos y la libre circulación de capitales", *Quincena Fiscal*, núm. 20, 2011. Recurso electrónico Westlaw: BIB 2011\1679.
- BARNARD, C., "Social dumping and the race to the bottom: some lessons for the European Union from Delaware?", *European Law Review*, núm. 1, 2000, págs. 57-78.

- BARREIRO CARRIL, M. C., "National tax sovereignty and EC fundamental freedoms: the impact of tax obstacles on the internal market", *Intertax*, Vol. 38, núm. 2, 2010, págs. 105-113.
- BARYSCH, K., "Is Tax Competition in the European Union Bad?", *Tax Notes International*, Vol. 35, núm. 12, 2004, págs. 1073-1074.
- BASINGER, S. J., y HALLERBERG, M., "Remodeling the Competition for Capital: How Domestic Politics Erases the Race to the Bottom", *The American Political Science Review*, Vol. 98, núm. 2, Mayo, 2004, págs. 261-276.
- BASTAGLI, F., COADY, D. y GUPTA, S., "Income Inequality and Fiscal Policy", *IMF Staff Discussion Note*, 2012.
- BAVILA, A., "Moving away from global taxation: dual income tax and other forms of taxation", *European Taxation*, Vol. 46, núm. 6, 2001, págs. 211-220.
- BAYONA GIMÉNEZ, J. J., "Avances en la armonización fiscal ante la implantación de la moneda única: propuesta de adopción de un código de conducta en el ámbito de la fiscalidad empresarial", *Quincena Fiscal*, núm. 21, 1997, págs. 49-54.
- BELLI, F., "Concorrenza fra ordinamenti, globalizzazione e Unione Europea: qualche osservazione sparsa", en AA.VV., *Rapporti e concorrenza tra ordinamenti : atti del Seminario di studio, 10 marzo 2006*, Facoltà di economia, Università di Siena, a cura di Antonia Irace y Carlo Maviglia, Giuffrè, Milán, 2007, págs. 191-211.
- BERGASA PERDOMO, O., *La fiscalidad sobre el tabaco*, Fundación Altadis, 2003.
- BERGESIO, A., "L'obbligo di indicare 'separatamente' in dichiarazione 'i cosiddetti costi black list'", *Il Fisco*, núm. 4, 2006, págs. 513 y ss.
- BERLIRI, A., *Principios de Derecho tributario*, vol. I, trad. Fernando Vicente Arche, Edersa, Madrid, 1964.
- BESLEY, T. y CASE, A., "Incumbent behaviour: Vote-seeking, tax-setting, and yardstick competition", *American Economic Review*, Vol. 85, págs. 25-44.
- BIRD, R. M., "Rethinking Subnational Taxes: A New Look at Tax Assignment", *International Monetary Fund Working Papers*, núm. 165, 1999, pág. 32.
- "Subnational Taxation in Developing Countries. A review of the literature", *Policy Research Working Paper*, núm. 5450, Banco Mundial, 2010.
- BISWAS, R., "Introduction: Globalisation, Tax Competition and Economic Development", en AA.VV., *International Tax Competition. Globalisation and Fiscal Sovereignty*, director: Rajiv Biswas, Commonwealth Secretariat, Londres, 2002, págs. 1-13.
- BLEIJENBERG, A. N., *Internaliser les coûts sociaux des transports*, Conférence européenne des Ministres des Transports (CEMT), L'art de l'internalisation, OECD, 1994.
- BOADWAY, R. W. y KEEN, M., "Efficiency and the Optimal Direction of Federal-State Transfers," *International Tax and Public Finance*, Vol. 3, 1996, págs. 137-155.
- BOBOKO MOICHE, S. "Código de conducta fiscal en el ámbito de las empresas: la armonización de la imposición directa en la UE", *Crónica Tributaria*, núm. 93, 2000, págs. 41-48.
- BOBOKO MOICHE, S. y PASCUAL GONZÁLEZ, M. M., "La aproximación de legislaciones en el impuesto sobre sociedades: especial referencia a la base consolidada común", *Crónica Tributaria*, núm. 135, 2010, págs. 7-27.
- BODE, E., KRIEGER-BODEEN, C. y LAMMERS, K., *Cross-border activities, taxation and the European single market*, Institut für Weltwirtschaft, Kiel, 1994.

- BOERI, T., y otros, *The Impact of Eastern Enlargement on Employment and Labour Markets*, European Integration Consortium, Berlín y Milán, 2000.
- BONARELLI, P., "Il nuovo rapporto OCSE in materia di concorrenza fiscale dannosa", *Fiscalità Internazionale*, núm. 3, 2004, págs. 255 y ss.
- BOND, S. y CHENNELLS, L., *Corporate Income Taxes and Investment: A Comparative Study*, The Institute for Fiscal Studies, Londres, 2002.
- BORIA, P., *Diritto Tributario Europeo*, Giuffrè Editore, Milán, 2010.
- BORRERO MORO, C. J., "La necesaria reconversión del Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos en el marco del nuevo sistema de financiación autonómico", *Crónica tributaria*, núm. 137, 2010, págs. 67-91.
- BOSCH, N. y SOLÉ-OLLÉ, A., "Yardstick competition and the political costs of raising taxes: An empirical analysis of Spanish municipalities", *International and Tax Public Finance*, núm. 14, 2007, págs. 71-92.
- BOSSENS, J., "International tax competition: the foreign government response in Canada and other countries", *National Tax Journal*, Vol. 41, núm. 3, 1988, págs. 347-355.
- BOWRING, J., *The Works of Jeremy Bentham*, William Tait, Edimburgo, 1838.
- BOZICEVIC, I., GILMORE, A. y ORESKOVIC, S., "The Tobacco Epidemic in South-East Europe. Consequences and Policy Responses", *HNP Discussion Paper*, Marzo 2004.
- BRACEWELL-MILNES, B. "Tax Competition: Harmful or Beneficial?", *Intertax*, Vol. 27, núm. 3, 2000, págs. 86-88.
- BRATTON, W. W. y MCCAHERY, J. A., "Tax coordination and tax competition in the European Union: evaluating the Code of Conduct on business taxation", *Common Market Law Review*, núm. 38, 2001, págs. 677-718.
- BRENNAN, G. y BUCHANAN, J. M., *The Power to Tax. Analytical Foundations of a Fiscal Constitution*, The Collected Works of James M. Buchanan, Liberty Fund, Indianapolis, 1980 (editado en el año 2000).
- BUCOVETSKY, S., "Asymmetric Tax Competition", *Journal of Urban Economics*, Vol. 30, 1991, págs. 167-181.
- BUCK, D., GODFREY, C. y RICHARDSON, G., *Should Cross Border Shopping Affect Tax Policy?*, Centre for Health Economics, York University, 1994.
- BUMP, J. B. y otros, "Towards a Political Economy of Tobacco Control in Low-and Middle-Income Countries", *HNP discussion paper*, 2009.
- CAAMAÑO ANIDO, M. A., *Constitución europea y poder tributario, un nuevo reparto de la soberanía fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- CALDERÓN CARRERO, J. M., "La Autonomía de los Estados para luchar contra la Competencia Fiscal a través de los métodos para eliminar la doble imposición internacional y las reglas de Calificación de Entidades Extranjeras: la STJCE en el caso Columbus container Services", *Quincena fiscal*. núm. 18, 2008, págs. 41-66.
- "La jurisprudencia del TJUE: los efectos del principio de no discriminación y las libertades básicas comunitarias sobre la legislación nacional en materia de imposición directa", en AA.VV., *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, coordinador: Nestor Carmona Fernández, CISS, Valencia, 2012, págs. 867-1209.

- CALDERÓN CARRERO, J. M. y CAAMAÑO ANIDO, M. A., "Globalización económica y poder tributario: ¿hacia un nuevo derecho tributario?", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 6, 2002, págs.179-210.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., "Las normas antiparaíso fiscal españolas y su compatibilidad con el derecho comunitario: el caso específico de Malta y Chipre tras la adhesión a la Unión Europea", *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 11, 2004.
- CALVO ORTEGA, R., "Uguaglianza e non discriminazione" en en AA.VV., *Per una costituzione fiscale europea*, a cura di A. Di Pietro, Padova, 2008 ,págs. 219-235.
- "La hora de los paraísos fiscales", *Nueva Fiscalidad*, núm. 2, 2009, págs. 9-23.
- CALVO VÉRGEZ, J., "El progresivo endurecimiento de la fiscalidad de los rendimientos procedentes de las SICAV en el IRPF: últimas novedades", *Diario La Ley*, Vol. 4 , 2011, págs. 1652-1661.
- "La amnistía fiscal en el RD-ley 12/2012, de 30 de marzo", *Carta Tributaria*. Monografías, núm. 9, 2012, págs. 3-22.
- CÁMARA BARROSO, M. C., "Algunas consideraciones sobre los beneficios fiscales a los biocombustibles", *Nueva Fiscalidad*, núm. 3, 2011, págs. 59-98
- "La problemática pendiente del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos", *Crónica Tributaria. Boletín de Actualidad*, núm. 4, 2011, págs. 7-16.
- CANTOS, J. M. y otros, "Consideraciones sobre la competencia fiscal en Europa", *XVII Encuentro de Economía Pública*, 2010.
- CAÑAL GARCÍA, F., *Las rentas familiares en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Instituto de Ciencias para la Familia, Rialp, Madrid, 1997.
- CAPITTA, F. y LETIZIA, G. "National grid indus case: consequences under an italian perspective", *EC tax review*, 2012-5, págs. 277-282.
- CARRIROLO, F. "Fiscalità Sovranazionale. Concorrenza Fiscale all'interno della UE", *La Settimana Fiscale*, núm. 16, 2007, págs. 25-28.
- CASADO OLLERO, G., "Los fines no fiscales de los tributos", *Revista de derecho financiero y de hacienda pública*, Vol. 41, núm. 213, 1991, págs. 455-512.
- CASALTA NABAIS, J., *Por um Estado Fiscal Suportável*, Almedina, Coimbra, 2005.
- "Costituzione europea e fiscalità", en AA.VV., *Per una costituzione fiscale europea*, a cura di Adriano di Pietro, Padova, 2008, págs. 379 y ss.
- CASANA MERINO, F., "La Directiva 2003/96/CE del Consejo sobre la imposición de los productos energéticos y su incidencia en el ordenamiento interno", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 237, 2004, págs. 21-30.
- CASSESE, S., *La crisi dello Stato*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2002.
- CAYÓN GALIARDO, A. M., "Las diferencias de tributación por razón de la residencia en el impuesto sobre sucesiones", *Revista técnica tributaria*, núm. 89, 2010, págs. 9-26.
- "La recuperación del Impuesto sobre el Patrimonio", *Revista Técnica Tributaria*, núm. 95, 2011, págs. 11-24.
- CAYÓN GALLARDO, A., FALCÓN Y TELLA, R. y DE LA HUCHA CELADOR, F., *La armonización fiscal en la Comunidad Económica Europea y el sistema tributario español: incidencia y convergencia*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1990.

- CEJIE, K. "Emigration taxes - Several questions, few answers: from Lasteyrie to National Grid Indus and beyond", *Intertax*, Vol. 40, núm. 6-7, 2012, págs. 382-399.
- CERIONI, F., FORTE, E. P. y PALACCHINO, T., *Il diritto tributario comunitario. Imposizione indiretta negli scambi internazionali, adempimenti frontalieri e accise*, Il Sole 24 Ore, Milán, 2004.
- CHECA GONZÁLEZ, C., "La degradación de los principios tributarios como consecuencia de la globalización económica", *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 28, 2010, págs.17-40.
- CHICO DE LA CÁMARA, P., "La residencia fiscal y la cláusula del beneficiario efectivo como medidas anti-abuso generales en el Modelo de Convenio de la OCDE", en AA.VV., *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, coordinadores: Maria Teresa Soler Roch y Fernando Serrano Antón, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002, págs. 58-78.
- "Competencia Fiscal y Armonización Tributaria", en AA.VV., *Estudios de derecho financiero y tributario en homenaje al profesor Calvo Ortega*, coordinadores: Isidoro Martín Dégano, Antonio Vaquera García y Gerardo Menéndez García, Vol. 2, 2005, págs. 2203-2248.
 - "Los agujeros negros de la Directiva sobre fiscalidad del ahorro", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 254, 2006, págs. 3-9.
 - "Los regímenes tributarios especiales que concede nuestro sistema tributario a los deportistas para favorecer la generación de renta en nuestro país", *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*, núm. 17, 2006, págs. 159-168.
- CHIOU, L. y MUEHLEGGGER, E. J., "Crossing the line: The effect of cross border cigarette sales on state excise tax revenues", *John F. Kennedy School of Government Research Working Paper Series*, núm 12, 2008.
- CHRISTIANSEN, V. y SMITH, S., "The Economics of Duty-free Shopping", *CESifo Working Paper*, núm. 595, Octubre, 2001.
- "National Policy Interests in the Duty-Free Market", *CESifo Economic Studies*, Vol. 50, núm. 2, 2004, págs. 351-375.
- CILLERO MARTÍNEZ, V., "Impuestos Especiales", en AA.VV., *Fiscalidad Práctica, Tomo V, Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, impuesto sobre sucesiones y donaciones e impuestos especiales*, coordinador: Miguel Pérez de Ayala Becerril, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 379-513.
- CNOSSEN, S., "How tobacco should be taxed in EU-accession countries?", *Center for Economic Studies & Ifo Institute for Economic Research*, Working Paper núm. 539, 2001.
- "How Much Tax Coordination in the European Union?", *International Tax and Public Finance*, núm. 10, 2003, págs. 625-649.
 - *Theory and Practice of Excise Taxation*, Oxford University Press, Nueva York, 2005.
 - *Three VAT Studies*, CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis, La Haya, 2010.
 - "La economía de los impuestos especiales", *Papeles de economía española*, núm. 125-126, 2010, págs. 270-284.
- CORDEWENER, A., "EC law protection against 'horizontal' tax discrimination on the rise – or how to play snooker in an Internal Market", *EC Tax Review*, 2007-7, págs. 210-212.
- CORDÓN EZQUERRO, T. y GUTIÉRREZ LOUSA, M. "La política fiscal en la Unión Europea: ¿convergencia o competencia?", *CLM Economía*, núm. 9, págs. 61-96.
- CORDÓN EZQUERRO, T., "Régimen fiscal de los impatriados y expatriados", *Nuevas Tendencias en Economía y Fiscalidad Internacional*, ICE, núm. 285, 2005, págs. 81-96.

- COROMINAS J. y PASCUAL J. A., *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, Gredos, Madrid, 1981.
- CORTELAZZO, M. y ZOLLI, P., *Il nuovo etimológico : DELI-dizionario etimológico della lingua italiana*, Zanichelli, Bologna, 1999.
- COSMAI, M., "Rientro dei cervelli: proroga delle agevolazioni fino al 2015", *Pratica Fiscale e Professionale*, núm. 23, 2012, págs. 18 y ss.
- COUZIN, R., "The consumer's perspective on tax competition", Intervención en International Tax Competition, What's Next?, Montreal 17-19 septiembre 2007.
- CRAWFORD, I. y TANNER, S., *Alcohol Taxes and the Single European Market*, The Institute for Fiscal Studies, Londres, 1995.
- CRAWFORD, I.; KEEN, M. y SMITH, S., "Value Added Tax and Excises", en AA.VV. *Dimensions of Tax Design: The Mirrless Review*, Institute for Fiscal Studies, Oxford University Press, Oxford, págs. 275-362.
- CRUZ PADIAL, I., "Sistema Tributario: Su falta de adecuación al contexto actual originado por el proceso de globalización económica", *Nueva Fiscalidad*, núm. 9, 2007. Recurso electrónico: VLEX-455072.
- CUENCA GARCÍA, E. y LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., "El proceso de armonización fiscal e integración económica en la Unión Europea" en AA.VV., *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, Relator General: Adriano Di Pietro, CEF, Madrid, 2010, págs. 81-99.
- CUTLER D. M. "Health Care and The Public Sector", *NBER Working Paper*, núm. 8802, 2002.
- D'ALFONSO, G., "Evoluzione delle inchieste OCSE sulla concorrenza fiscale dannosa", *Il Fisco*, núm. 32, 2004, págs. 5003 y ss
- "Il dibattito sulla flat tax", *Il Fisco*, núm. 27, 2005, págs. 4172 y ss.
 - "Vantaggi e svantaggi della concorrenza fiscale internazionale", *Il Fisco*, núm. 6, 2005, págs. 786-ss. AM16
 - "Regimi fiscali agevolati: verso un progressivo adeguamento?", *Amministrazione e Finanza*, núm. 20, 2006, págs. 15 y ss.
 - "In Europea migliora la cooperazione fiscale", *Amministrazione e Finanza*, núm. 7, 2008, págs. 17 y ss.
- DAHLBY, B., "Fiscal Externalities and the Design of Intergovernmental Grants," *International Tax and Public Finance*, Vol. 3, 1996, págs. 397-412.
- DARBY, J. B. y LEMASTER, K., "Double Irish More than Doubles the Tax Saving: Hybrid Structure Reduces Irish, U. S. and Worldwide Taxation", *Tax Strategies*, Vol. 11, núm. 9, 2007, págs. 2 y 11-16.
- DE JUAN CASADEVALL, J., *Ayudas de Estado e Imposición Directa en la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA, A., "La extensión de la sujeción tributaria en el derecho comparado y la nueva ley de renta", *Revista de Contabilidad y Tributación. Comentarios. Casos prácticos*, núm. 191, 1999, págs. 169-186.
- DE LUCA, A. y PERACIN, G., "La legislazione fiscale irlandese quale elemento di distorsione nella scelta allocativa d'impresa in ambito comunitario", *Il Fisco*, núm. 26, 2006, págs. 4017 y ss.
- DELGADO PACHECO, A., "Las medidas antielusión en la fiscalidad internacional", *Nuevas tendencias en economía y fiscalidad internacional*, núm. 825, 2005.

- DELIPALLA, S. y O'DONNELL, O., "Estimating tax incidence, market power and market conduct: The European cigarette industry", *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 19, 2001, págs. 885-908.
- DELMÁS GONZÁLEZ, F. J., "Análisis de la propuesta de modificación de la Directiva del Ahorro", *Crónica Tributaria*, núm. 135, 2010, págs. 87-114.
- "Propuesta de Directiva de Impuesto sobre Transacciones Financieras", *Crónica Tributaria*, núm. 145, 2012, págs. 75-96
- DENYS, L., "Why a Financial Transaction Tax?", *EC Tax Review*, 2012-1, págs. 2-4.
- DEVEREUX, M. P., KLEMM, R. y GRIFFITH, A., "Can international tax competition explain corporate income tax reforms?", *Economic Policy*, Vol. 17, núm. 35, 2002, págs. 450-495.
- DEVEREUX, M. P. y LORETZ, S., "Qu'est-ce la concurrence fiscale et comment se manifeste-t-elle?", en AA.VV. *Stratégies fiscales des États et des Entreprises: souveraineté et concurrence*, directores: Michel Aujean y Christian Saint-Étienne, Le Cercle des economists, Descartes & Cie, Paris, 2009, págs. 11-29.
- DEVOTO, G. y OLI, G. C., *Il Dizionario della lingua italiana*, Le Monnier, Florencia, 2000.
- DEZZANI, L. y GAZZO, M., "CFC Legislation: luci ed ombre della nuova proposta legislativa. Prime riflessioni", *Il fisco*, núm. 38, 2000, págs. 11528 y ss.
- DI PIETRO, A., "El futuro tributario de la Unión Europea: del Mercado al ordenamiento jurídico, de las libertades económicas a los principios de la imposición", *Civitas. Revista española de Derecho Financiero*, núm. 116, 2002, págs. 573-580.
- "Conclusioni per una costituzione fiscale europea", en AA.VV., *Per una costituzione fiscale europea*, a cura di Adriano Di Pietro, Padova, 2008, págs. 439-455.
 - "La debollezza dell'armonizzazione e la forza della competizione nella tassazione delle società in Europa", en AA.VV., *Unión Europea. Armonización y coordinación fiscal tras el Tratado de Lisboa*, director: Javier Lasarte Álvarez, coordinadores Francisco Adame Martínez y Jesús Ramos Prieto, Universidad Pablo de Olavide, Scuola Europea di Alti Studi Tributari, Sevilla, 2011, págs. 69-89.
- DI AW, K.W. y GORTER, J., "The remedy may be worse than the disease. A critical account of the Code of Conduct", *CPB Discussion Paper*, núm. 5, 2002.
- DÍAZ-SUNICO ABOITIZ, G., "Una vuelta de tuerca a la "Ley Beckham"", *Quincena Fiscal*, núm. 4, 2010, págs. 93-97.
- DICKSON, I. y WHITE, D., "Tax Design Insights from the New Zealand Goods and Services Tax (GST) Model", *Working Paper Series*, Centre for Accounting Governance and Taxation Research, Wellington, núm. 60, 2008.
- DIETLEIN, G., "National Approaches towards a Financial Transaction Tax and Their Compatibility with European Law", *EC Tax Review*, 2012-4, págs. 207-211.
- DOS SANTOS, A. C., *L'Union européenne et la regulation de la concurrence fiscale*, Bruylant, París, 2009.
- DOURADO, A. P. y PISTONE, P., "Looking Beyond Cartesio: Reconciliatory Interpretation as a Tool to Remove Tax Obstacles on the Exercise of the Primary Right of Establishment by Companies and Other Legal Entities", *Intertax*, Vol. 37, núm. 6-7, 2009, págs. 342-345.
- DOYLE JR., J. J. y SAMPHANTHARANK, K., "\$2.00 Gas! Studying the effects of a gas tax moratorium", *Journal of Public Economics*, Vol. 92, 2008, págs. 869-884.

- DREHER, A., STURM, J. y URSPRUNG, H. W., "The impact of globalization on the composition of government expenditures: evidence from panel data, *CESIFO Working Paper*, núm. 1755, Abril, 2006.
- DRENKARD, S. y HENCHMAN, J., "Background Paper", *Tax Foundation*, núm. 64, Octubre, 2012.
- DREZET, V., "Vers une accélération de la concurrence fiscale. Des fiscalités en Europe à la fiscalité européenne: quels enjeux?", *ATTAC Pays d'Aix*, 9 de octubre 2005.
- DRURY, R., "The 'Delaware syndrome'. European fears and reactions", *Journal of business law*, núm. 6, 2005, págs. 709-744.
- DUMONTET, A., *La concurrence fiscale dommageable*, Université Robert Schuman Strasbourg, Mémoire DEA Droit des Affaires, 2003.
- EASSON, A., "Tax Competition and Investment Incentives", *EC Tax Journal*, Vol. 2, núm. 2, 1996-97, págs. 63-98.
- "Fiscal Degradation and the Inter-nation Allocation of Tax Jurisdiction", *EC Tax Review*, 1996-3, págs. 112-113.
 - "Harmful Tax Competition: The EU and OECD responses compared", *EC Tax journal*, Vol. 3, núm. 1, 1998, págs. 1-16.
 - "Harmful tax competition: an evaluation of the OECD initiative", *Tax Notes International*, Vol. 34, núm. 10, 2004, págs. 1037-1077.
- ECK, P. y SAMBUR, J., "The impact of the US foreign account tax compliance act (FACTA) on european entities", *European Taxation*, Vol. 52, núm. 1, 2012, págs. 37-41.
- EDWARDS, C. y de RUGY, V., "International Tax Competition: a 21st-Century Restraint in Government", *Tax Notes International*, Vol. 27, núm. 1, 2002, págs. 63-110.
- "International Tax Competition", en AA.VV., *Economic Freedom of the World: 2002 Annual Report*, Fraser Institute, Vancouver, 2002, págs. 43-58.
- EDWARDS, J. y KEEN, M., "Tax competition and Leviathan", *European Economic Review*, núm. 40, 1996, págs. 113-134.
- EGGER, P. y RADULESCU, D. M., "The Influence of Labor Taxes on the Migration of Skilled Workers", *CESifo Working Paper*, núm. 2462, 2008.
- EGGER, H., FALKINGER, J. y GROSSMANN, V., "Brain Drain, Fiscal Competition, and Public Education Expenditure", *Review of International Economics*, Vol. 20, núm. 1, 2012, págs. 81-94.
- EIKELENBERG, A., *Taxation of Expatriates from the Perspective of Tax Competition*, Master Thesis, Tilburg University, 2008.
- ELLIS, M. J., "Are Measures to Curb Harmful Tax Competition Necessary?", *European Taxation* Vol. 39, núm. 3, 1999, págs. 78-80.
- "The Code of Conduct in 2000: Cracking the Code or coating the crack", *European Taxation*, Vol. 40, núm. 9, 2000, págs. 414-416.
- ESCOBAR LASALA, J. J. "Las operaciones intracomunitarias sobre bienes objeto de impuestos especiales. Regulación en la normativa comunitaria", en AA.VV., *Las operaciones intracomunitarias en el impuesto sobre el valor añadido y en los impuestos especiales armonizados*, director: Javier Lasarte, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2004, págs. 81-115.
- "Régimen fiscal del gasóleo profesional", *Tribuna Fiscal*, núm. 201, 2007, págs. 46-57

- ESTAGERIE, P. J., "Introduction of an Expatriate Regime for Highly Skilled Employees", *European Taxation*, Vol. 51, núm. 7, 2011, págs. 319-321.
- EVERS, M., DE MOOIJ, R. A. y VOLLEBERGH, H.R.J., "Tax competition under Minimum Rates: The Case of European Diesel Excises", *CESifo Working Paper Series*, núm. 1221, 2004.
- FALCÓN Y TELLA, R., "El papel de la jurisprudencia en la armonización fiscal europea", en AA.VV., *Sistema fiscal español y armonización europea*, Marcial Pons, Madrid 1995, págs. 33-54.
- "La desorbitada expansión del conceto de ayuda de Estado en la práctica reciente de la Comisión, el ejemplo de la decisión de 31 de octubre de 2000, relativa a la deducción por actividades exportadoras contemplada en el artículo 34 de la LIS", *Quincena Fiscal*, núm. 7, 2001, págs. 5-10.
 - "Las estructuras de "doble irlandesa" (Double Irish)", *Quincena Fiscal*, núm. 22, 2010, págs. 7-11.
- FALCÓN Y TELLA, R. y PULIDO GUERRA, E., *Derecho fiscal internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- FANTOZZI, A. "The applicability of State Aid Rules to Tax Competition Measures: A Process of 'De Facto' Harmonization in the Tax Field?", en AA.VV. *Tax Competition in Europe*, Coordinador: Wolfgang Schön, IBFD, Amsterdam, 2003, págs. 121-132.
- "Dalla non discriminazione alla eguaglianza in material tributaria", en AA.VV., *Per una costituzione fiscale europea*, a cura di A. Di Pietro, Padova, 2008 ,págs. 193-217.
- FELD, L. P., "Tax competition and income redistribution: An empirical analysis for Switzerland", *Public Choice*, núm. 105, 2000, págs. 125-164.
- FELDSTEIN, M. y VAILLANT, M., "Can State Taxes Redistribute Income?", *NBER Working Papers*, núm. 4785, 1994.
- FIC. T. y otros, "Labour mobility within the EU – The Impact of Enlargement and Transitional", *NESR Working Paper*, núm. 379, 2011.
- FICHERA, F., *Imposizione ed extrafiscalità nel sistema costituzionale*, Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles, 1973.
- FIELD, T. F., "Tax Competition in Europe and America", *Tax Notes International*, Vol. 29, núm. 13, 2003, págs. 1235-1245.
- FITZGERALD, J., JOHNSTON, J. y WILLIAMS, J., "Indirect Tax Distortions in a Europe of Shopkeepers", *The Economic and Social Research Institute*, Working Paper núm. 56, 1995.
- FITZGERALD, J. D., QUINN, T. P., WHELAN, B. J. y WILLIAMS, J. A., *An analysis of cross-border shopping*, The Economic and Social Research Institute, Dublin, 1988.
- FLORINDO GIJÓN, F. "El Código de conducta sobre fiscalidad de las empresas y su relación con el régimen Comunitario de control de las ayudas estatales", *Crónica Tributaria*, núm. 109, 2003, págs. 101-118.
- FOGARTY, J., "The nature of the demand for alcohol: understanding elasticity", *British Food Journal*, núm. 108, 2006, págs. 316-332.
- FORTE, F., *IVA, accise e grande mercato europeo*, Giuffrè Editore, Milán, 1990.
- FORTE, E. P., CERIONI, F. y PALACCHINO, T., *Il diritto tributario europeo, Imposizione indiretta negli scambi internazionali, adempimenti frontaliere e accise*, Il Sole 24 ore, Milán, 2004.
- FREY, B. S. y EICHENBERGER, R., "To Harmonize or to Compete? That's Not the Question", *Journal of Public Economics*, Vol. 60, núm. 3, Junio, 1996, págs. 335-349.

- FUXA, D., "Lo scambio di informazioni e i regimi fiscali dannosi : recenti sviluppi in ambito OCSE", *Fiscalità Internazionale*, Vol. 6, núm. 3, 2008, págs. 202-210.
- GÁKOVÁ, Z y DIJSKTRA, L., "Labour mobility between the regions of the EU-27 and a comparison with the USA", *European Union Regional Policy*, núm. 2, 2008.
- GALLET, C. A., "The demand for alcohol: a meta-analysis of elasticities", *Australian Journal of Agricultural and Resource Economics*, Vol. 51, núm. 2, 2007, págs. 121-135.
- GALLET, C. A. y LIST. J. A., "Cigarette demand: a meta-analysis of elasticities", *Health Economics*, núm. 12, 2003, págs. 821-835.
- GANDULLIA, L. , "Tax systems and reforms in EU new member countries: and overview", *Società italiana di Economia Pubblica*, Working Paper núm. 317, Abril, 2004.
- GANGHOF, S., "Adjusting National Tax Policy to Economic Internationalization. Strategies and Outcomes", en AA.VV., *Welfare and Work in the Open Economy. Volume II. Diverse Responses to Common Challenges*, directores: Fritz W. Scharpf y Vivien A. Schmidt, Oxford University Press, Nueva York, 2000, págs. 597-645.
- GARCÍA DE LA CALLE, A. y SERRANO ANTÓN, F. "La supuesta necesidad de las medidas diseñadas contra la competencia fiscal lesiva y las iniciativas para su control", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 214, 2002, págs. 29-58.
- GARCÍA PRATS, F. A., "The evolution of income taxation under EC Law requirements", *EC Tax Review*, 2002-3, págs. 137-146.
- "Las medidas tributarias antiabuso y el derecho de la Unión", en AA.VV., *Las medidas antiabuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el derecho de la Unión*, directora: Maria Teresa Soler Roch, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002.
 - "Cooperación administrativa internacional en material tributaria. Derecho tributario global", *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 3, 2007.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., "Derecho de sociedad y conflicto de leyes: la determinación de la *Lex societatis* y su ámbito de aplicación", *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 19, 2004, págs. 67-176.
- GARRETSEN, H. y PEETERS, J., "Capital Mobility, Agglomeration and Corporate Tax Rates: Is the Race to the Bottom for Real?", *DNB Working Paper*, núm. 113, 2006.
- GATSIOS, K. y HOLMES, P., "Regulatory Competition" en AA.VV. *The new Palgrave dictionary of economics and the law*, director: Peter Newmanm, Macmillan, New York, 1998, págs. 271-275.
- GAVELLI, G. y VERSARI, A., "UNICO 2012 SC: prospetto degli interessi passivi non deducibili", *Il Fisco*, núm. 30, 2012, págs. 4882 y ss.
- GEBAUER, A., WOON NAM, C. y PARSCHE, R., "Lessons of the 1999 Abolition of Intra-EU Duty Free Sales for Eastern European EU Candidates", *CESIFO Working Paper*, núm. 828, Diciembre 2002.
- GENSCHEL, P., "Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Viability of the Welfare State", *Politics & Society*, Vol. 30, núm. 2, 2002, págs. 245-275.
- GENSCHEL, P. y SCHWARZ, "Tax Competition: a literature review", *Socio-Economic Review*, núm. 9, 2011, págs. 339-370.
- GERELLI, E., "Il fantasma della globalizzazione e la realtà dei sistemi tributario negli anni 2000", *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, Vol. 56, núm. 4, 1997, págs. 449-464.

- GIANNANTONIO, G. A. y APRILE, M., *La nuova fiscalità degli organismi di investimento collettivo in valori mobiliari: in vigore dal 1 luglio 2011*, Edizione FAG, Milán, 2011.
- GIL SORIANO, A., “¿Despenalización del contrabando de tabaco?”, *Tribunal Fiscal*, núm. 252, 2011, págs. 32-35.
- “¿Amnistía fiscal como medida de lucha contra el fraude fiscal?”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 30, 2012, págs. 62-69.
 - “Toward and automatic but asymmetric exchange of tax information: the US foreign account tax compliance act (FATCA) as inflection point”, *Intertax*, Vol. 40, núm. 10, 2012, págs. 540-555.
 - “Fiscalidad del tabaco y contrabando”, *Revista Técnica Tributaria*, núm. 96, 2012, págs. 29-105.
- GIOVANNINI, A., “Concorrenza fiscale e aiuti di stato: principi e questioni concrete”, en AA.VV., *Rapporti e concorrenza tra ordinamenti : atti del Seminario di studio, 10 marzo 2006*, Facoltà di economia, Università di Siena, a cura di Antonia Irace, Carlo Maviglia, Giuffrè, Milán, 2007, págs. 180-190.
- HODGE, F. S. y otros, “American Indian Internet Cigarette Sales: Another Avenue for Selling Tobacco Products”, *American Journal of Public Health*, Vol. 94, núm. 2, 2004, págs. 260-261.
- GNES, M., *La scelta del diritto. Concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Giuffrè Editore, Milán, 2004.
- GONZÁLEZ GARCÍA, G., “Una aproximación al contenido de los conceptos de discriminación y restricción en el Derecho de la Unión”, *Documentos de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 8, 2004.
- GONZÁLEZ-JARABA, M., *Los impuestos especiales de ámbito comunitario: (alcohol y bebidas alcohólicas, hidrocarburos y labores del tabaco)*, La Ley, Madrid, 2005.
- *El sistema de impuestos especiales en España*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- GONZÁLEZ-PÁRAMO, J. M., “Armonización y competencia fiscal en Europa: Situación actual, perspectivas e implicaciones para España”, en AA.VV., *Nuevas fronteras de la política económica*, directora: Teresa García-Milà, Centre de Recerca en Economia Internacional, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2000, págs. 90-137.
- GOODSPEED, T. J., “Tax competition benefit taxes, and fiscal federalism”, *National Tax Journal*, Vol 51, núm. 3, 1998, págs. 579-586.
- GOROSPE OVIEDO, J. I., “Los regímenes opcionales de «impatriados» y de no residentes en la imposición sobre la renta”, *Quincena Fiscal*, núm. 7, 2010, págs. 15-48.
- GORTER, J. y PARIKH, A., “How sensitive is FDI to differences in Corporate Income Taxation within the EU?”, *De Economist*, Vol. 151, núm. 2, 2003, págs. 193-204.
- GRAETZ, M. J. y GRINBERG, I, “Taxing International Portfolio Income”, University of Yale, *Faculty Scholarship Series Paper*, núm. 1616, 2003.
- GREGGI, M., “Reflexiones fiscales sobre la movilidad en el interior de la UE: por un nuevo Nomos europeo”, *Studi Tributari Europei*, núm. 1/2009.
- GRESIK, T., “The Taxing Task of Taxing Transnationals”, *Journal of Economic Literature*, Vol. 39, 2001, págs. 800-838.
- GRUBERT, H., “Do Taxes Influence Where U.S. Corporations Invest?”, *National Tax Journal*, Vol. 53, núm. 4, 2000, págs. 825-840.

- GUERRA REGUERA, M., “Los Impuestos de Salida en el Ámbito de la Unión Europea”, en AAVV *Armonización y Coordinación Fiscal en la Unión Europea. Situación Actual y Posibles Líneas de Reforma*, relator general: Adriano Di Pietro, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2010.
- GURTNER, B. y CHRISTENSEN, J., “The Race to the Bottom: Incentives for New Investment”, *Beyond Bretton Woods: The Transnational Economy in Search of New Institutions*, Ciudad de Méjico, 15-17 de octubre, 2008.
- GUTIÉRREZ LOUSA, M., “La Directiva 48/2003/CE sobre fiscalidad del ahorro: la coordinación fiscal del capital en la Comunidad Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 254, 2006, págs. 59-71.
- GUTIÉRREZ LOUSA, M. y RODRÍGUEZ ONDARZA, J. A., “Las consecuencias fiscales de la globalización”, *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 8, 2007.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “La nueva regulación de los delitos de contrabando: régimen jurídico tras la reforma de la LO 6/2011, de 30 de junio”, *Diario La Ley*, núm. 7790, 2012.
- HALL, R. E., y RABUSHKA, A., *The flat tax*, Hoover Institution Press, Standford, 1985.
- *Low tax, simple tax, flat tax*, McGraw–Hill, Nueva York, 1983.
- HANEWINKEL, R. e ISENSEE, B., “Access to cheaper cross-border cigarettes may decrease smoking cessation intentions in Germany”, *Tobacco Control*, Vol. 16, núm. 1, 2007, págs. 70-71.
- HANSSON, A. y OLOFSDOTTER, K., “The effects of tax competition and new economic geography on taxation in OECD countries”, Lund University, 2003, mimeo.
- HANSON, A. y SULLIVAN, R., “The Incidence of Tobacco Taxation: Evidence from Geographic Micro-Level Data”, *Urban and Regional Analysis Group*, Working Paper núm. 9, 2008.
- HAUFLER, A. *Taxation in a Global Economy: Theory and Evidence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.
- HEINZ, F. F. y WARD-WARMEDINGER, M., “Cross-border labour mobility within and enlarged EU”, *Occasional Paper Series*, European Central Bank, núm. 52, 2006.
- HELMINEN, M. “Is There a Future for CFC-Regimes in the EU?”, *Intertax*, Vol. 33, núm. 3, 2005, págs. 117-123.
- HENKOW, O., “The Commission’s Proposal for a Common System of Financial Transaction Tax: A Legal Appraisal”, *EC Tax Review*, 2012-1, págs. 5-16.
- HERMOSÍN ÁLVAREZ, M., “Los problemas de la imposición sobre sucesiones y donaciones”, en AA.VV., *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, Relator General: Adriano Di Pietro, CEF, Madrid, 2010, págs. 113-127.
- HERNÁNDEZ GUERRERO, V. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., “El derecho tributario de Gibraltar desde la óptica española y de la Unión Europea”, en AA.VV., *Gibraltar 300 años*, coordinadores: José Alejandro del Valle Gálvez e Inmaculada González García, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2004, págs. 237-313.
- HERRERA MOLINA, P. M., *Derecho Tributario Ambiental. La introducción del interés ambiental en el ordenamiento tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- “Los prisioneros y la mina de diamantes (Avances y limitaciones de la Directiva del Ahorro)”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 254, 2006, págs. 35-45.
 - “Epitafio al art. 293 del Tratado de la Comunidad Europea: supresión de la doble imposición en el seno de la Comunidad”, en AAVV., *Justicia y Derecho Tributario* (coordinadores:

- Carmen Banacloche Palao, Julio Banacloche Pérez-Roldán y Begoña Banacloche Palao), La Ley, Madrid, 2008, págs. 645-665.
- *Convenios de Doble imposición y Derecho Comunitario*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2009.
- HERRERA MOLINA, P. y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., “Tendencias del Tribunal de Justicia en materia de imposición directa”, en AA.VV., *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, Relator General: Adriano Di Pietro, CEF, Madrid, 2010, págs. 307-324.
- HEY, J., “National Report Germany”, en AA.VV., *Tax Competition in Europe*, coordinador: Wolfgang Schön, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 2003, págs. 253-277.
- HINES, J. R., “Tax Policy and the Activities of Multinational Corporations” en AA.VV., *Fiscal Policy: Lessons From Economic Research*, director: Alan J. Auerbach, MIT press, Londres, 1997, págs. 401-446.
- HINNEKENS, L., “The Monti Report: the uphill task of harmonizing direct tax system of EC Member States”, *EC Tax Review*, 1997-1, págs. 31-49.
- “Recent trends in the case-law of the ECJ in the matters of direct taxation”, *Era-Forum*, Vol. 7n núm. 2, 2007, págs. 281-292.
- HORST, T., “A note on the optimal taxation on international investment income”, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, núm. 4, 1984, págs. 793-798.
- HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., “La armonización fiscal de los impuestos especiales: una visión jurisprudencial”, *Estudios de derecho judicial*, núm. 143, 2007, págs. 213-262.
- IACONO, A., “Aliquote. Aliquote ordinarie, aliquote ridotte, aliquote in deroga”, en AA.VV., *Observaciones al Libro Verde de la Comisión Europea y propuestas sobre el futuro del IVA*, Directores: Adriano di Pietro y Javier Lasarte Álvarez, Escuela Europea de Altos Estudios Tributarios – Universidad Pablo de Olavide, 2012, págs. 64-67.
- IBÁÑEZ MARSILLA, S. “La competencia fiscal perniciosa ante la OMC. Reflexiones al hilo del asunto de las Foreign Sales Corporations”, *Crónica Tributaria*, núm. 113, 2004, págs. 65-106. AM26
- IRACE, A., “Armonizzazione o concorrenza tra ordinamenti nel diritto societario? Una scelta per la costruzione di un mercato integrato dell’Unione Europea”, en AA.VV., *Rapporti e concorrenza tra ordinamenti : atti del Seminario di studio, 10 marzo 2006*, Facoltà di economia, Università di Siena, a cura de Antonia Irace y Carlo Maviglia, Giuffrè, Milán, 2007, págs. 161-180.
- JAKUBIAK, M. y MARKIEWICZ, M., “Capital Mobility and Tax Competition between Old and New EU Member States - Final Report”, *CERGE-EI 2006 Regional Research Competition*, 2007.
- JAMES, S. y ALLEY, C., “Successful tax reform: the experience of value added tax in the United Kingdom and goods and services tax in New Zealand”, *Journal of Finance and Management in Public Services*, Vol. 8, núm. 1, 2008, págs. 35-47.
- JANEBA, E. y SCHJELDERUP, G., “Tax Competition: A Review of the Theory”, *Regjeringen Bondevik II*, Noruega, 2002.
- JHA, P. y otros, “The economic rationale for intervention in the tobacco market”, en AA.VV., *Tobacco Control in Developing Countries*, directores: Prabhat Jha y Frank Chaloupka, Oxford University Press, 2000, págs. 153-174.

- JOOSSENS, L. y RAW, M., "Smuggling and cross border shopping of tobacco in Europe", *British Medical Journal*, Vol. 310, 1995, págs. 1393-1397.
- JOUMARD, I., "Tax Systems in European Union Countries", *OECD Economic Studies*, núm. 34, 2002, págs. 91-151.
- KANBUR, R. y KEEN, M., "Jeux Sans Frontières: Tax Competition and Tax Coordination When Countries Differ in Size", *American Economic Review*, núm. 83, 1993, págs. 877-892.
- KAPTYEN, P. J. G. y VERLOREN VAN THEMAAT, P., *Introduction to the Law of the European Communities*, Tercera edición, dirigida y revisada por Laurence W. Gormley, Kluwer Law International, Londres, 1998.
- KARLSSON, T. y TIGERSTEDT, C., *Alcohol policy: changing climate and changing structures in the Nordic countries*, *Alcohol—Use, Harms and Policy*, Nordic-Baltic Seminar, Riga, 3 de octubre, 2005.
- KEEN, M., "Some international issues in commodities taxation", *IMF working papers*, núm. 124, 2002.
- KEEN, M., KIM, Y. y VARSANO, R., "The 'flat tax(es)': principles and experience", *International Tax and Public Finance*, núm. 15, 2008, págs. 712-751.
- KEEN, M. y KOTSOGIANNIS, C., "Leviathan and capital tax competition in federations", *Journal of Public Economic Theory*, Vol. 5, núm. 2, 2003, págs. 177-199.
- KEELER, T. E. y otros, "Do cigarette producers price-discriminate by state? An empirical analysis of local cigarette pricing and taxation", *Journal of Health Economics*, Vol. 15 núm. 4, 1996, págs. 499-512.
- KEMMEREN, E. C.C.M., "CCCTB: Enhanced Speed Ahead for Improvement", *EC Tax Review*, 2011-5, págs. 208-210.
- Double Tax Conventions on Income and Capital and the EU: Past, Present and Future", *EC Tax Review*, 2012-3, págs. 157-177.
- KENYON, D. A., HOXBY, C. y RESCHOVSKY, A., "Theories of interjurisdictional competition", *New England Economic Review*, Marzo-Abril, 1997, págs. 13-35.
- KIEKEBELD, B. J., *Harmful tax competition in the European Union*, Wolters Kluwer, Rotterdam, 2006.
- KLEBEN, H. J., LANDAIS, C. y SAEZ, E. "Taxation and International Migration of Superstars: Evidence from the European Football Market", *NBER Working Papers*, núm. 16545, 2010.
- KLEBEN, H. J. y otros, "Taxation and International Migration of Top Earners: Evidence from the Foreigner Tax Scheme in Denmark", mimeo.
- KNÖLLER, C. P., "The Efficacy of Thin Capitalization Rules and Their Barriers: An Analysis from the UK and German Perspective", *Intertax*, Vol. 39, núm. 6-7, 2011, págs. 317-336.
- KOFLER, G. W. y SCHINDLER, C. P.: "«Dancing with Mr. D»: The ECJ's Denial of Most-Favoured-Nation Treatment in «D» case", *European Taxation*, Vol. 45, núm. 12, 2005, págs. 530-540.
- KOK, R., "Exit Taxes for Companies in the European Union after National Grid Indus", *EC Tax Review*, 2012-4, págs. 200-206.
- KOSKELA, E. y SCHÖB, R., *Why Governments Should Tax Mobile Capital in the Presence of Unemployment*, University of Munich, 1998, mimeo.
- KRONENBERGER, V., "Conséquences fiscales du transfert de siège d'une société au sein de l'Union : la Cour retient une solution équilibrée. CJUE, 29 novembre 2011, National Grid Indus BV, aff. C-371/10", *Revue des affaires européennes*, núm. 4, 2011, págs. 833-844.

- KRUGMAN, P., "Increasing Returns and Economic Geography", *Journal of Political Economy*, Vol. 99, núm. 3, 1991, págs. 483-499.
- KUDRLE, R.T. "The OCDE's Harmful Tax Competition Initiative and the Tax Havens: From Bombshell to Damp Squib", *Global Economy Journal*, núm. 8, 2008.
- KURCZ, B. y VALLINDAS, D., "Can general meauseres be...selective? Some thoughts on the interpretation of a State aid definition", *Common Market Law Review*, Vol. 45, 2008, págs. 159-182.
- KVASNINA, A. y otros, "Conference Report: Research Seminar on State Aid and Tax Measures (Aarhus, Denmark, 27 january 2011)", *Intertax*, Vol. 40, núm. 2, págs. 150-156.
- LABANDEIRA VILLOT, X., "Nuevos entornos para la fiscalidad energética", *Información Comercial Española, ICE: Revista de Economía*, núm. 862, 2011, págs. 57-80.
- LAKHDAR, C. B., "Quantitative and qualitative estimates of cross-border tobacco shopping and tobacco smuggling in France", *Tobacco Control*, Vol. 17, núm. 1, págs. 12-16.
- LAMADRID DE PABLO, A., "El código de conducta en materia de fiscalidad de las empresas y su relación con el régimen comunitario de ayudas de estado", *Documento de trabajo (Universidad CEU-San Pablo, Instituto de Estudios Europeos)*, Serie Unión Europea; 3-2005.
- LAMPREAVE VÁZQUEZ, P., *La Competencia Fiscal Desleal en los Estados Miembros de la Unión Europea*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- "Régimen fiscal de las entidades Holding holandesas: Evolución y recientes modificaciones en los condicionantes para aplicar la exención por participación", *Quincena Fiscal*, núm. 6, 2010. Recurso electrónico Westlaw. BIB 2010/277.
- LANDA AGUIRRE, I., "Los derechos de explotación de la imagen, los deportistas y la opción de tributación en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes", *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 14, 2004, págs. 21-23.
- LANG, M., "Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions and Contradictions", *EC Tax Review*, 2009-3, págs. 98-113.
- LANG, M. y otros, *CFC legislation: Domestic Provisions, Tax Treaties and EC Law*, Kluwer Law International, Viena, 2004.
- LAROMA JEZZI, P. "Principi tributari nazionali e controllo sopranazionale sugli aiuti fiscali", *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, núm. 1, 2004, págs. 91 y ss.
- LASARTE ÁLVAREZ, J., "Análisis de las propuestas del impuesto lineal sobre la renta", *Hacienda Pública Española*, núm. 101, 1986, págs. 339-364
- "Limitaciones de las normas de los Tratados sobre armonización y coordinación fiscal y exigencias de la situación actual de la Unión Europea", en AA.VV., *Unión Europea. Armonización y coordinación fiscal tras el Tratado de Lisboa*, director: Javier Lasarte Álvarez, coordinadores Francisco Adame Martínez y Jesús Ramos Prieto, Universidad Pablo de Olavide, Scuola Europea di Alti Studi Tributari, Sevilla, 2011, págs. 21-45.
 - "Propuestas de modificación del régimen de las operaciones intracomunitarias", en AA.VV., *Observaciones al Libro Verde de la Comisión Europea y propuestas sobre el futuro del IVA*, Directores: Adriano di Pietro y Javier Lasarte Álvarez, Escuela Europea de Altos Estudios Tributarios – Universidad Pablo de Olavide, 2012, págs. 187-193.
- LASARTE ÁLVAREZ, J. y ADAME MARTÍNEZ, F., "El Impuesto sobre el Valor Añadido en el periodo transitorio. Operaciones Intracomunitarias y Fraude. Otras cuestiones", en AA.VV.,

- Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, Relator General: Adriano Di Pietro, CEF, Madrid, 2010, págs. 175-200.
- LASARTE ÁLVAREZ, F. J., ADAME MARTÍNEZ, F., MARTÍN FERNÁNDEZ, J. y RAMOS PRIETO, J., *Financiación de los municipios turísticos*, Comares, Albolote (Granada), 2003.
- LASARTE ÁLVAREZ, J., RAMOS PRIETO, J., ARRIBAS LEÓN, M. y HERMOSÍN ÁLVAREZ, M., *Deporte y Fiscalidad*, Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, Sevilla, 2008.
- LEAL MARCOS, A., LÓPEZ LABORDA, J. L. y RODRIGO SAUCO, F., “Precios, impuestos y compras transfronterizas de carburantes”, *Papeles de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 16, 2007.
- “Cross-Border Shopping: A Survey”, *International Advances in Economic Research*, Vol. 16, núm. 2, 2010, págs. 135-148.
- LEIFMAN, H., “Estimations of unrecorded alcohol consumption levels and trends in 14 European countries”, *Nordic Studies on Alcohol and Drugs*, Vol. 18, 2001, págs. 54-70.
- LEVASSEUR, E., *Histoire des classes ouvrières et de l'Industrie en France avant 1789*, 2ª edición, tomo 2, 1901.
- LIGHTWOOD, J. y otros, “Estimating de costs of tobacco use”, en AA.VV., *Tobacco Control in Developing Countries*, directores: Prabhat Jha y Frank Chaloupka, Oxford University Press, 2000, págs. 63-103.
- LOCKWOOD, B. y MIGALI, G., “Did the Single Market Cause Competition in Excise Taxes? Evidence from EU Countries”, *The Economic Journal*, Vol. 119, 2009, págs. 406-429.
- LODIN, S. O., “What ought to be taxed and what can be taxed: a new international dilemma”, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, Vol. 54, núm. 5, 2000.
- LOMBARDO, S., “La concorrenza tra ordinamenti nella prospettiva dell’analisi económica del diritto”, en AA.VV., *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di: Andrea Zoppini, Editori Laterza, Roma-Bari, 2004, págs. 195-216.
- LÓPEZ DÍAZ, A., “Reflexiones sobre el impuesto sobre venta minorista de determinados hidrocarburos a la luz del derecho comunitario”, *Quincena Fiscal*, núm. 11, 2008, págs. 44-48.
- LÓPEZ ESPADAFOR, C. M., “La regla de la unanimidad en la producción normativa comunitaria de carácter tributario”, *Nueva Fiscalidad*, núm. 6, 2005. Recurso electrónico: VLEX-291306.
- “Gasóleo versus gasolina en el plano fiscal”, *Quincena Fiscal*, núm. 5, 2010, Recurso electrónico Westlaw: BIB 2010\192
 - “Una posible vía de aplicabilidad en materia tributaria de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Quincena Fiscal*, núm. 11, 2010, págs. 47-62.
 - “La determinación de un límite cuantitativo a la imposición indirecta y la extrafiscalidad”, *Nueva Fiscalidad*, núm. 1, 2011, págs. 9-74.
- LÓPEZ GARCÍA, M. A., “Incidencia y percepciones en la financiación de las pensiones públicas”, *Papeles de Economía Española*, núm. 30-31, 1987, págs. 339-354.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., “Comentarios a la Directiva del régimen fiscal de reorganizaciones empresariales”, *Crónica Tributaria*, núm. 116, 2005, págs. 89-112.
- LOVENHEIM, M. F., “How far to the border?: The extent and impact of cross-border casual cigarette Smuggling”, *National Tax Journal*, Vol. 61, núm. 1, 2008, págs. 7-33.

- LU, L., "WTO-Compatibility of Harmful Tax Practices", en AA.VV., *The relevance of WTO Law for Tax Matters*, directoras: Judith Herdin-Winter e Ines Hofbauer, Linde, Viena, 2006, págs. 391-408.
- LUCHENA MOZO, G. M., "Fiscalidad internacional de los rendimientos del trabajo", en AA.VV., *Estudios sobre fiscalidad internacional y comunitaria*, director: Miguel Ángel Collado Yurrita, Centro Internacional de Estudios Fiscales, Colex, Madrid, 2005, págs. 307-368.
- LUDEMA, R. D. y WOOTON, I., "Economic geography and the fiscal effects of regional integration", *Journal of International Economics*, núm. 52, 2000, págs. 331-357.
- LUJA, R. H. C., "WTO Agreements versus the EC Fiscal Aid Regime", *Intertax*, Vol. 27, núm. 6-7, 1999, págs. 207-225.
- "Should fiscal state aid go global?", *EC Tax Review*, 2007-5, págs. 231-235.
 - "(Re)shaping Fiscal State Aid: Selected Recent Cases and Their Impact", *Intertax*, Vol. 40, núm. 2, 2012, págs. 120-131.
- LUPI, R., "Concorrenza tra ordinamenti, Comunità europee e prelievo tributario", en AA.VV., *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di: Andrea Zoppini, Editori Laterza, Roma-Bari, 2004.
- *Diritto tributario : oggetto economico e metodo giuridico nella teoria della tassazione analitico-aziendale*, Giuffrè, Milán, 2009.
- LYNN CORONADO, J., FULLERTON, D. y GLASS, T., "The Progressivity of Social Security", *NBER Working Papers*, núm. 7520, 2000.
- MÄKELÄ, P. y ÖSTERBERG, E., "Weakening of one more alcohol control pillar: a review of the effects of the alcohol tax cuts in Finland in 2004", *Addiction*, núm. 104, págs. 554-563.
- MACARRO OSUNA, J. M., "Evolución de la tarifa autonómica del IRPF como mecanismo contra la crisis económica: estudio comparativo", en AA.VV., *Encuentro de Derecho Financiero y Tributario (1ª edición) Desafíos de la Hacienda Pública Española. Justicia en el diseño del sistema tributario español*, págs. 151-169.
- MAGLIOCCO, A., y SANELLI, A., "Should Outbound Dividends Remain Taxed at Source in the European Union? Some Hints from the Italian Example", *European Taxation*, Vol. 4, 2009, págs. 199-214.
- MAGRANER MORENO, F. J., *La coordinación del Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2009.
- "La coordinación de los convenios para evitar la doble imposición a escala comunitaria: situación actual y perspectivas de futuro", *Crónica Tributaria*, núm. 137, 2010, págs. 171-197.
- MAGRANER MORENO, F. y MARTÍN LÓPEZ, J., "Normativa comunitaria en ayudas de estado versus competencia fiscal perjudicial", *Cuadernos de integración europea*, Marzo 2006, págs 111-121.
- MALDONADO GARCÍA-VERDUGO, A. "Ejercicios sobre competencia fiscal perjudicial en el seno de la Unión Europea y de la OCDE: semejanzas y diferencias", *Crónica Tributaria*, núm. 97, 2001, págs. 37-60.
- "Nueva posición de la OCDE en materia de paraísos fiscales", *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 1, 2002.
- MALHERBE, J., "Harmful Tax Competition and the Future of Financial Centres in the European Union", en AA.VV., *International and Comparative Taxation*, Essays in Honour of Klaus Vogel, dirigido por Kees van Raad, Kluwer Law International, La Haya, 2002, págs. 111-122.

- MALHERBE, J. y PARDO, Y., "Competencia fiscal prejudicial y paraísos fiscales", *Quincena Fiscal*, núm. 5, 2001, págs. 11-24.
- MALVÁREZ PASCUAL, L., "La compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea de las medidas tributarias destinadas a favorecer la competitividad de las empresas españolas en el marco de un modelo de economía sostenible", en AA.VV., *Encuentro de Derecho Financiero y Tributario (1ª ed.) "Desafíos de la Hacienda pública española" (2ª parte). La reforma del Impuesto sobre Sociedades*, coordinadora: Cristina García-Herrera Blanco, Instituto de Estudios Fiscales, 2012, págs. 149-166.
- MAMELI, G. "Aiuti di Stato e coerenza dei sistemi tributari. Tra non discriminazione, libertà economiche e territorialità", *Tesi di Ricerca*, Università di Bologna, 2006.
- MANKIW, G., *Principios de Economía*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- MANUSZAK, M. D. y MOUL, C. C., "How Far For a Buck? Tax Differences and the Location of Retail Gasoline Activity in Southeast Chicagoland", *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 91, núm. 4, 2009, págs. 744-765.
- MANZANO SILVA, E., "La adecuación del régimen tributario gibraltareño a las normas comunitarias sobre ayudas de estado a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria", *Nueva fiscalidad*, núm.3, 2009, págs. 135-177.
- *Ayudas de Estado de carácter fiscal: régimen jurídico*, Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria, núm. 55, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- MARCHESSOU, P. y ANÍBARRO PÉREZ, S., "Imposición directa y derecho comunitario: una aproximación a la contribución del tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Nueva Fiscalidad*, núm. 9, 2003. Recurso electrónico: VLEX-216169.
- MARINI, P., *La concurrence fiscale en Europe; une contribution au débat*, Les rapports du Sénat, núm. 483, París, 1999.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., "¿Hacia una nueva configuración de las relaciones entre el Derecho comunitario y la normativa nacional en materia de imposición directa? El caso Gilly", *Civitas. Revista española de derecho financiero*, núm. 102, 1999, págs. 291-320.
- "Globalización y Derecho tributario: el impacto del Derecho Comunitario sobre las cláusulas antielusión/antiabuso del Derecho interno", *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 7, 2007.
 - "La Directiva 2003/49 sobre la fiscalidad de los intereses y cánones", en AA.VV., *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, coordinador: Nestor Carmona Fernández, CISS, Valencia, 2012, págs. 1289-1324.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M., "Los impuestos de salida y el Derecho comunitario europeo a la luz de la legislación española", *Crónica Tributaria*, núm. 125, 2007, págs. 49-76.
- "La Directiva en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses", en AA.VV., *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, coordinador: Nestor Carmona Fernández, CISS, Valencia, 2012, págs. 1381-1424.
- MARTÍN LÓPEZ, J. *Competencia fiscal perjudicial y Ayudas de Estado en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, J. M., "Breve comentario sobre las medidas fiscales adoptadas en otros Estados miembros de la Unión Europea", en AA.VV., *Medidas de política financiera y fiscal contra la crisis. Ejercicios 2008-2009. Jornadas sobre la salida de la crisis. Mesa de análisis de la reforma del sistema financiero y del sistema fiscal*, coordinadores: Javier Lasarte

- Álvarez, Salvador Durbán García y Fernando Faces García, Escuela Andaluza de Economía, Universidad Pablo de Olavide, Comares, Granada, 2010, págs. 200-211.
- “Un nuevo hito en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre impuestos de salida: el asunto *National Grid*”, en AA.VV., *Armonización, Coordinación Fiscal y Lucha contra el Fraude*, director: Francisco Adame Martín, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 531-560.
 - “Los impuestos de salida: un análisis actualizado de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Quincena Fiscal*, núm. 4, 2012, págs. 29-65
- MARTÍN VIDA, M. A., “La dimensión social de la ciudadanía europea, con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones de asistencia social”, *Revista de Derecho constitucional europeo*, núm. 8, 2007, págs. 95-137.
- MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, J. M., “El régimen fiscal especial para trabajadores desplazados en la Ley 35/2006 del IRPF”, *Quincena Fiscal*, núm. 12, 2007, págs. 21-24.
- MARTÍNEZ GINER, L. A. “Competencia fiscal y organización mundial del comercio: las medidas fiscales específicas en el acuerdo de subvenciones y medidas compensatorias”, *Civitas. Revista española de derecho financiero*, núm. 147, 2010, págs. 737-781.
- “El régimen de subsidios en la OMC y las ayudas de estado en la UE: similitudes y divergencias”, *Revista de información fiscal*, Núm.. 103, 2011, págs. 31-55.
 - “El intercambio de información tributaria en la Unión Wuropea a la luz de la Directiva 2011/16/UE sobre cooperación en el ámbito de la fiscalidad: aspectos novedosos”, en AA.VV., *Estudios sobre fraude fiscal e intercambio internacional de información tributaria*, coordinadores: Miguel Ángel Collado Yurrita y Saturnina Moreno González, Atelier, 2012, págs. 71-92.
- MARTÍNEZ RIVAS, F., “Traslado Internacional de la sede social en la Unión Europea: del caso «Daily Mail» al caso «Cartesio». Veinte años no son nada”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 1, núm. 1, 2009, págs. 132-142.
- MARTOS GARCÍA, J. J., “Financiación autonómica e IRPF: corresponsabilidad tributaria versus competencia fiscal y desigualdad interregional”, *Crónica Tributaria*, núm. 136, 2010, págs. 137-168.
- MASSIMO, G. y LAURA, G. “La comunicazione della Comissione Europea sull’applicazione delle misure anti-abuso nell’area delle imposte dirette (COM (2007) 785)”, *Fiscalità Internazionale*, núm. 3, 2008, págs. 243 y ss.
- MAULER SANTIAGO, I., “Free Competition: How tax evasion and tax competition distort markets - the brazilian perspective”, *Intertax*, Vol. 38 núm. 3, 2010, págs. 170-176.
- MAYERES, I. y PROOST, S., “Should diesel cars in Europe be discouraged?”, *Regional Science and Urban Economics*, Vol. 31, 2001, págs. 468-469.
- MCLURE, C. E., “The Interstate Exporting of State and Local Taxes: Estimates for 1962”, *National Tax Journal*, Vol. 20, marzo, 1967, págs. 49-77
- “The Inter-Regional Incidence of General Regional Taxes”, *Public Finance*, Vol. 24, núm. 3, 1969, págs. 457-483.
 - “Taxation, Substitution and Industrial Location”, *Journal of Public Economy*, Vol. 78, enero-febrero, 1970, págs. 112-132
 - “Tax competition: is what’s good for the private goose also good for the public gander?”, *National Tax Journal*, Vol. 39, 1986, págs. 341-348.

- MEEUSEN, G. "The Eu fight against harmful tax competition; future developments", *EC Tax Review*, 2002-3, págs. 157-159.
- MEEUSEN, J. y PEETERS, B. "L'impatto della costituzione europea sull'imposizione: rinnovamento istituzionale o mantenimento dello status quo", en AA.VV., *Per una costituzione fiscale europea*, a cura di Adriano di Pietro, Padova, 2008, págs. 55 y ss.
- MELO, G. M., "Taxation in the Global Arena: Preventing the Erosion of National Tax Bases or Impinging on Territorial Sovereignty (A Critique of the OECD's Report: Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue)", *Pace International Law Review* Vol. 12, núm. 7, 2000, págs. 1-28.
- MESTAGERIE, P. J., "Introduction of an Expatriate Regime for Highly Skilled Employees", *European Taxation*, Vol. 51, núm. 7, págs. 319-321.
- MIDELFART-KNARVIK, K.H y otros, "The location of European industry", *Report prepared for the Directorate General for Economic and Financial Affairs*, European Commission, Economic Papers núm. 142, 2000.
- MIGUET, F., "Does fiscally induced migration enhance tax competition? Evidence from Switzerland", *SSES Annual Meeting 2006*, Lugano.
- MILTON SAMUEL, C. R., *La teoría de los bienes públicos locales: estado actual y reconsideraciones*, Universidad Nacional de Colombia, 2011.
- MINTZ, J., "Is National Tax Policy Viable in the Face of Global Competition", *Tax Notes International*, vo. 19, núm.1, 1999, págs. 99-102.
- MINTZ, J. M. y TULKENS, H., "Commodity Tax Competition between Member States of a Federation: Equilibrium and Efficiency," *Journal of Public Economics*, Vol. 29, 1986, págs. 133-172.
- MIRRELES, J. A., "Migrations and Optimal Income Taxes", *Journal of Public Economics*, Vol. 18, 1982, págs. 319-341.
- MOLINOS RUBIO, L. M., "Devoluciones del IVA a empresarios y profesionales no establecidos en el territorio de aplicación del impuesto. Directiva 2008/9/CE", *Deloitte News*, núm. 59, diciembre 2011, págs. 30-43.
- MONTI, M. "The Climate is changing", *EC tax Review*, 1998-1, págs. 2-3.
- "A new strategy for the single market. At the service of Europe's economy and society", *Report to the President of the European Commission José Manuel Barroso*, 9 de mayo de 2010, pág. 82
- MORENO GONZÁLEZ, S., "Régimen de tributación internacional de los cánones", en AA.VV., *Estudios sobre fiscalidad internacional y comunitaria*, director: Miguel Ángel Collado Yurrita, Centro Internacional de Estudios Fiscales, Colex, Madrid, 2005.
- "Tendencias recientes de la jurisprudencia Comunitaria en materia de ayuda de Estado de naturaleza tributaria", Civitas. *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 132, 2006, págs. 825-893.
 - "Estrategia comunitaria de la fiscalidad de la empresa. Fiscalidad de dividendos, intereses y cánones en el ámbito empresarial", en AA.VV., *Internacionalización de las inversiones. Tratamiento fiscal en España y en la Unión Europea*, directores: Miguel Ángel Collado Yurrita, Gracia Mª Luchena Mozo y Mª Esther Sánchez López, Bosch, Barcelona, 2009, págs. 245-300.
- MORRIS, M., "How to remedy the Swiss-German tax loopholes", 2012, Mimeo.

- MORS, M., "Tax competition in Europe - an EU perspective", en AA.VV., *Tax Competition in Europe*, coordinador: Wolfgang Schön, IBFD, Amsterdam, 2003, págs. 133-152.
- MORTON, P. V., "Company Taxation Barriers in the Single Market – Obstacles to Cross Border Activities of European Business", *European Taxation*, núm. 6, 2000, págs. 235-238.
- MUNDELL, R., "A Theory of Optimum Currency Areas", *American Economic Review*, Vol 51, núm. 4, 1961.
- MUNIN, N., "Tax in Troubled Time: Is It the Time for A Common Corporate Tax Base in the EU?", *EC Tax Review*, 2011-3, págs. 121-133.
- MURPHY, R., "Tax competition: a case of winner takes all?", *Tax Justice Focus*, Volume 3, Fourth Quarter, 2006.
- MUSGRAVE, R. A., "The Voluntary Ex-change Theory of Public Economy", *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 52, 1939, págs. 213-217.
- *The Theory of Public Finance*, McGraw-Hill, New York, 1959.
 - "Criteria for foreign tax credit", en AA.VV., *Taxation and operations abroad*, Tax Institute Symposium December 3-4, 1959, Tax Institute, Princeton, 1960, págs. 83-93.
 - *Fiscal Systems*, Yale University Press, New Haven, 1969.
- MUSGRAVE, P. B. y MUSGRAVE, R. A., "Fiscal Coordination and Competition in an International Setting, en AA.VV., *Influence of Tax Differentials on International Competitiveness: proceedings of the Munich Symposium on International Taxation*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer –Boston, 1990, págs. 61-86.
- MUTTI, J. H., *Foreign Direct Investment and Tax Competition*, Institute for International Economics, Washington, 2002.
- NANETTI, F. y MAMELLI, G. "The creeping normative role of the EC Commission in the twin-track struggle against State aids and harmful tax competition", *EC Tax Review*, 2002-4, págs. 185-191.
- NAVEZ, E., "Le traitement fiscal du transfert de résidence face à la liberté d'établissement des sociétés en droit de l'UE - De Daily Mail à National Grid Indus: évolution, révolution et au-delà?", *Cahiers de droit européen*, Vol. 47, núm. 3, 2011, págs. 611-658.
- NIELSEN, S. B., "A Simple Model of Commodity Taxation and Cross-border Shopping", *Scandinavian Journal of Economics*, 2001, Vol. 103, núm. 4, págs. 599-623.
- NIETO JIMÉNEZ, L. y ALVAR EZQUERRA, M., *Nuevo tesoro lexicográfico del español*, Arco Libros, Madrid, 2007.
- NIJKAMP, H., "Landmark agreement on EU tax package: new guidelines stretch scope of EU Code of Conduct", *EC Tax Review*, 2002-1, págs. 147-154.
- NILSSON, M., "Could EU prevent transport fuel tax competition between member states by copying the USA/Canada IFTA model?", *Taxation, Innovation and Communication: Enhancing the prospects for green fiscal reform*, Copenhagen, 15-16 de septiembre 2011.
- NOUWEN, T., "Recent results and trends reported by the Code of Conduct Group on Business Taxation", *EU direct tax news*, Vol. 46, 2012, págs. 6-13.
- OATES, W. E., *Fiscal Federalism*, The Harbrace Series in Business and Economics, Nueva York, 1972.
- "Fiscal competition and European Union: contrasting perspectives", *Regional Science and Urban Economics*, Vol. 31, 2001, págs. 133-145.

- OATES, W. E. y SCHWAB, R. M., "The allocative and distributive implications of local fiscal competition", en AA.VV., *Competition among states and Local Governments: Efficiency and Equity in American Federalism*, directores: Daphne A. Kenyon y John Kincaid, Urban Institute Press, Washington D. C., 1991, págs. 127-146.
- O'BOYLE, E. J., "The origins of *homo economicus*: a note", *Storia del Pensiero Economico*, Vol. VI, núm. 1, 2009, págs. 195-204.
- OBERSON, X., "L'impact de la mondialisation sur le droit fiscal suisse", en AA.VV., *Le droit saisi par la mondialisation*, director: Charles-Albert Morand, Bruylant, Bruselas, 2001.
- OCCHIUTO, P., "Concorrenza fiscale dannosa» in ambito OCSE e collegamenti con il diritto tributario interno", *Corriere Tributario*, núm. 25, 2002, págs. 2227 y ss.
- OHSAWA, Y., "Cross-border shopping and commodity tax competition among governments", *Regional Science and Urban Economics*, 1999, núm. 29, págs. 33-51.
- OLSON, M., "The Principle of Fiscal Equivalence: The Division of Responsibilities among Different Levels of Government", *The American Economic Review*, Vol. 59, núm. 2, 1969, págs. 479-487.
- ORTÍZ CALLE, E., "El régimen fiscal de los "impatriados" en el Impuesto sobre la Renta de las personas físicas: el supuesto particular de los deportistas profesionales", *Revista jurídica de deporte y entretenimiento*, núm. 23, 2008, págs. 17-30.
- OSMUNDSEN, P., "Taxing Internationally Mobile Individuals-A Case of Countervailing Incentives", *International Tax and Public Finance*, núm. 6, 1999, págs. 149-164.
- OVERESCH, M. y RINCKE, J., "Competition from Low-wage Countries and the Decline of Corporate Tax Rates: Evidence from European Integration", *The World Economy*, Vol. 32, 2009, págs. 1348-1364.
- OVERMAN, H. G. y PUGA, D., "Unemployment clusters across European regions and countries", *Economic Policy*, Vol. 34, 2002, págs. 115-147.
- OWENS, J. y BATTIAU, P., "VAT's next half century: Towards a single-rate system?", *OECD Observer*, núm. 284, 2011.
- PALAO TABOADA, C., "La subcapitalización", en AA.VV., *Fiscalidad Internacional*, director: Fernando Serrano Antón, CEF, Madrid, 2010, págs. 999-1036.
- PANAYI, C. H., "State Aid and Tax: the Third Way?", *Intertax*, Vol. 32, núm. 6-7, 2004, págs. 283-307.
- PAPELL, A., *El futuro de la socialdemocracia*, Akal, Madrid, 2012.
- PÁRAMO-GONZÁLEZ MARTÍNEZ-MURILLO, J. M., "El impuesto lineal sobre la renta", *Papeles de Economía Española*, núm. 27, 1986, págs. 297-302.
- PARLY, F., "The Code of Conduct and the fight against harmful tax competition", *European taxation*, Vol. 40, núm. 9, 2000, págs. 406-409.
- PASTORIZA VÁZQUEZ, J. S., "La Directiva 2003/48/CE. Un nuevo paso hacia la armonización de la tributación de las rentas derivadas del capital en la UE", *Quincena Fiscal*, núm. 11, 2004, págs. 43-63.
- PATY, S., "Tax competition and the new economic geography", *Urban Public Economics Review*, núm. 8, 2008, págs. 69-83.
- PEETERS, B., "Tax Sovereignty of EU Member States in View of the Global Financial and Economic Crisis", *EC Tax Review*, 2010-6, págs. 236-237.

- PÉREZ BERNABÉU, B., *Ayudas de Estado en la jurisprudencia comunitaria*, Monografías, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- PÉREZ INFANTE, J. I., “Análisis económico de la financiación de la Seguridad Social española”, *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, núm. 38, 1997, págs. 190-237.
- PÉREZ ROYO, F., “La Directiva 2003/48/CE sobre fiscalidad del ahorro y su transposición al ordenamiento español”, *Quincena Fiscal*, núm. 21-22, 2004, págs. 9-27.
- “Los impuestos especiales y otros impuestos menores”, en AA.VV., *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial*, Segunda Edición, director: Fernando Pérez Royo, Tecnos, Madrid, 2008, págs. 865-905.
- PETER WILSON, G., HUBBARD, R. G. y SLEMROD, J., “The Role of Taxes in Location and Sourcing Decisions”, en AA.VV., *Studies in International Taxation*, director: Alberto Giovannini, R. Glen Hubbard y Joel Slemrod, University of Chicago Press, Chicago, 1993, págs. 195-234..
- PICOCHET, J., *Dictionnaire étymologique du français*, Le Robert, París, 2002.
- PICOS SÁNCHEZ, F., “Quince años de modelo dual de IRPF: experiencias y efectos”, *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 12, 2003.
- *El modelo dual de reforma del IRPF: un estudio de la viabilidad y los efectos de su aplicación en España*, Ministerio de Hacienda, Madrid, 2004.
- PINTO, C., “EU and OECD to Fight Harmful Tax Competition: Has the Right Path Been Undertaken?”, *Intertax*, Vol. 26, núm. 12, 1998, págs. 386-410.
- “EC State Aid Rules and Tax Incentives: a U-Turn in Commission Policy? (Part II)”, *European Taxation*, Vol. 39, núm. 9, 1999, págs. 343-354.
 - *Tax Competition and EU Law*, Amsterdam, Kluwer Law International, 2003.
- PINTO NOGUEIRA, J. F., “Los impuestos de salida sobre personas jurídicas en Portugal”, *Studi Tributari Europei*, núm. 1/2009.
- PIRES, M., “Le fonti del diritto comunitario e il diritto internazionale”, en AA.VV., *Per una costituzione fiscale europea*, a cura di A. Di Pietro, Padova, 2008 ,págs. 125-149.
- PIRES CALCIOLARI, R., “Aspectos jurídicos da guerra fiscal no Brasil”, *Cadernos de Finanças Públicas*, núm. 7, 2007, págs. 5-29.
- PIRTILÄ, J., “Is international labour mobility a threat to the Welfare State? Evidence from Finland in the 1990s”, *Finish Economic Papers*, Vol. 17, núm. 1, 2004, págs. 18-34.
- PISTONE, P., “An EU Model Tax Convention”, *EC Tax Review*, 2002-3, págs.129-136.
- “Towards European international tax law”, *EC Tax Review*, 2005-1, págs. 4-9.
 - “Tax Treaties and the Internal Market in the European Union Scenario”, *Intertax*, Vol. 35, 2007, págs- 75-81.
- PLÜMPER, T. , TROEGER, V. E. y WINNER, H., “Why is There No Race to the Bottom in Capital Taxation?”, *International Studies Quarterly*, núm. 53, 2009, págs. 761-786.
- POSTMA, A. y NOUWEN, M., “In the spotlight: OECD and European Union increase their focus on double non-taxation”, *Global Tax Policy and Controversy Briefing*, Vol. 10, 2012, págs. 34-38.
- QUADRI, S., *Armonizzazione fiscale europea*, Giappichelli, Turín, 2003.
- QUIGLEY, C., “General Taxation and State Aid”, en AA.VV., *The Law of State Aid in the European Union*, directores: Andrea Biondi, Piet Eeckhout, James Flynn, Oxford University Press, Oxford, 2004, págs. 207-217. P8

- "Direct Taxation and State Aid: Recent Developments Concerning the Notion of Selectivity", *Intertax*, Vol. 40, núm. 2, 2012, págs. 112-119.
- RADAELLI, C. M., "The Code of Conduct against harmful tax competition: open method of coordination in disguise?", *Public Administration*, Vol. 81, núm. 3, 2003, págs. 513-531.
- RAINER, A. y THÖMMES, O., "EC Tax Scene: Are German CFC rules compatible with EU freedoms", *Intertax*, Vol. 33, núm. 11, 2005, págs. 554-555.
- RAMOS PRIETO, J., "Algunos aspectos problemáticos en la atribución del rendimiento de un impuesto cedido: las adquisiciones mortis causa gravadas por el impuestos sobre sucesiones y donaciones", en AA.VV., *El debate sobre el sistema de financiación autonómica (XX aniversario del Estatuto de Autonomía para Andalucía)*, director: Javier Lasarte, coordinadores: Francisco Adame Martín y Jesús Ramos Prieto, Comares, Granada, 2003, págs. 753-790.
- "La armonización de la imposición indirecta sobre la concentración de capitales", en AA.VV., *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, Relator General: Adriano Di Pietro, CEF, Madrid, 2010, págs. 225-232.
- "El comercio electrónico y el IVA: problemas del régimen de las operaciones realizadas por vía electrónica", en AA.VV., *Observaciones al Libro Verde de la Comisión Europea y propuestas sobre el futuro del IVA*, directores: Adriano di Pietro y Javier Lasarte Álvarez, Escuela Europea de Altos Estudios Tributarios – Universidad Pablo de Olavide, 2012, págs. 236-258.
- "La supresión del impuesto sobre operaciones societarias: consideraciones críticas sobre una medida que no tiene vuelta atrás", *Quincena Fiscal*, núm. 1-2, 2012. Recurso electrónico Westlaw: BIB 2012\88.
- "El impuesto sobre las bolsas de plástico de un solo uso (IBPSU) de Andalucía", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 327, 2012, págs. 107-126.
- RAMOS PRIETO, J. y ARRIBAS LEÓN, M.: "El Impuesto sobre el Valor Añadido y el Comercio Electrónico. El régimen especial aplicable a los servicios prestados por vía electrónica", *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 15, 2006, págs. 11-59.
- RAMOS PRIETO, J., y GUERRA REGUERA, M., "La devolución de los impuestos especiales satisfechos en el estado de origen como consecuencia de la circulación intracomunitaria de bienes", en AA.VV., *Las operaciones intracomunitarias en el impuesto sobre el valor añadido y en los impuestos especiales armonizados*, director: Javier Lasarte, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2004, págs. 335-375.
- RAUSCHER, M., "Leviathan and Competition among Jurisdictions: The Case of Benefit Taxation", *Journal of Urban Economics*, núm. 44, 1998, págs. 59-67.
- RIETVELD, P., BRUINSMA, F. R., y VAN VUUREN, D. J., "Spatial graduation of fuel taxes; consequences for cross-border and domestic fuelling", *Transportation Research Part A*, Vol. 35, núm. 5, 2001, págs. 433-457.
- RING, D. M., "One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage", *Harvard Public Law*, Working Paper núm 67, 2002.
- RODRIGO SAUCO, F., "La tributación de las plusvalías en el ámbito europeo: una visión de síntesis", *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 7, 2005.
- RODRÍGUEZ BAHAMONDE, D., "Análisis de la directiva 2008/8/CE del consejo, de 12 de febrero de 2008, por la que se modifica la directiva 2006/112/CEE en lo que respecta al lugar de la prestación de servicios, y su incidencia en el impuesto general indirecto canario", *Hacienda Canaria*, núm. 23, 2008, págs. 5-34.

- RODRÍGUEZ-SICKERT, C., "Homo economicus", en *Handbook of Economics and Ethics*, directores: Jan Pell e Irene van Staveren, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (Reino Unido), 2009, págs. 223-229.
- ROE, M. J., "Delaware's Competition", *Harvard Law Review*, Vol. 117, núm. 2, 2003, págs. 588-646.
- ROEGER, W., VELD, J. y WOEHRMANN, D.I.A., "Some Equity and Efficiency Considerations of International Tax Competition", *International Tax and Public Finance*, Vol. 9, 2002, págs. 7-31.
- ROJÍ CHANDRO, L. A., y RODRÍGUEZ ONDARZA, J. A., "El IS y la limitación a la deducibilidad de gastos financieros del RDL 12/2012", *Partida Doble*, núm. 243, 2012, págs. 13-21.
- ROMANO, R., "Law as a product: some pieces of the incorporation puzzle", *Journal of law economics and organization*, vol. 1, 1985, págs. 225 y ss.
- ROMERO JORDÁN, D., ÁLVAREZ GARCÍA, S. y JORGE GARCÍA-INÉS, M., "The impact of fuel tourism on retailers' diesel price in Spanish neighbouring region", *Applied Economics*, Vol. 45, núm. 4, 2013, págs. 407-413.
- ROSEMBUJ, T. "La competencia fiscal lesiva", *Impuestos*, núm.15, 1999.
- *El arbitraje fiscal internacional*, El fisco, Barcelona, 2010
 - *La crisis financiera y el arbitraje fiscal internacional*, El Fisco, Barcelona, 2011
- ROSSI-MACCANICO, P. "Principi comunitari di fiscalità diretta delle imprese. Il principio di non discriminazione", *Fiscalità Internazionale*, núm.. 3, 2008, págs. 226 y ss.
- ROTONDARO, C., "Note minime in tema di compatibilità dei regimi CFC con il diritto comunitario. Alcune riflessioni sul caso italiano", *Rivista di Diritto Tributario*, núm. 5, 2000, págs. 517 yss.
- ROUSSEAU, J.J., *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres* (1754), Libresa, Quito, 2000.
- RÖSLER, H. y GYENEY, L. "Court of Justice: Case C-5/05, Staatssecretaris van Financiën v. B.F. Joustra, Judgment of the Court of Justice (Third Chamber) of 23 November 2006, [2006] ECR I-1075", *Common market law review*, Vol. 44, núm. 5, 2007 , págs. 1501-1513.
- RUBENS, E., *La fiscalité des entreprises. Aspects financiers de la concurrence fiscale dommageable au sein de l'Union européenne*, Larcier, Bruselas, 2002.
- RUBIO GUERRERO, J. J., "Los principios básicos de la fiscalidad internacional y la doble imposición internacional", en AA.VV., *Manual de Fiscalidad Internacional*, director: Teodoro Cordón Ezquerro, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001.
- "Presentación", en AA.VV, *Las operaciones intracomunitarias en el impuesto sobre el valor añadido y en los impuestos especiales*, coordinador: Javier Lasarte Álvarez, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales-Ministerio de Economía y Hacienda, 2004, págs. 15-17.
- RUIBAL PEREIRA, L. "Fraude y competencia fiscal desleal en el proceso de armonización europea" en AA.VV., *Temas de derecho penal tributario*, coordinadores: César García Novoa y Antonio López Díaz, Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 171-192.
- "La compatibilidad de los regímenes fiscales privilegiados en la Unión Europea con los criterios contenidos en el Código de Conducta y las normas sobre ayudas de Estado", en AA.VV., *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, coordinadores: Maria Teresa Soler Roch y Fernando Serrano Antón, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002, págs. 207-238.

- "La Fiscalidad de las empresas en la Unión Europea. La necesidad de una cierta coordinación de la imposición sobre sociedades y la lucha contra la competencia fiscal", *Quincena Fiscal*, núm. 17, 2002, págs. 41-53.
 - "Las medidas fiscales españolas a la luz de la competencia fiscal lesiva en el marco de la Unión Europea", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 214, 2002, págs. 133-147.
- RUIBAL PEREIRA, L. y SERRANO ANTÓN, F., "La competencia fiscal lesiva en la Unión Europea. Código de Conducta y ayudas de Estado", en AA.VV., *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, Relator General: Adriano Di Pietro, CEF, Madrid, 2010, págs. 285-299.
- RUIZ ALMENDRAL, V.: "La tributación del no residente comunitario: entre la armonización fiscal y el Derecho tributario internacional", *EUI working papers LAW 2008/25*, Fiesole, 2008.
- "Entre la discriminación y la armonización: el régimen fiscal del no residente en España a la luz del Derecho de la Unión", *Revista de Contabilidad y Tributación. Comentarios. Casos prácticos*, núm. 207, 2008, págs. 3-68.
- RUIZ ALMENDRAL, V. y RAMOS MUÑOZ, D., "Los problemas tributarios de las Sociedades de Inversión en Capital Variable (SICAV)", *Quincena Fiscal*, núm. 18, 2006. Recurso electrónico Westlaw: BIB 2006/1365.
- RUST, A., "CFC Legislation and EC Law", *Intertax*, Vol. 36, núm. 11, 2008, págs. 492-501.
- SACCHETTO, C., "La Corte di giustizia CE e i criteri formali e sostanziali nella imposizione dei soggetti non residenti degli Stati membri: un nuovo teorema di Fennat", *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, núm. 1, 1999, págs. 190-196.
- "National Report Italy", en AA.VV. *Tax Competition in Europe*, director: Wolfgang Schön, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 2003, págs. 279-311.
- SANDELL, J., "The Double Irish and the Dutch sandwich: how some U.S. companies are flummoxing the tax code", *Tax Notes International*, Vol. 67, núm. 9, 2012, págs. 867-878.
- SANDLER, D., *Tax treaties and Controlled Foreign Company Legislation. Pushing the Boundaries*, Kluwer Law International, La Haya, 1998.
- SALMON, P., "Decentralization as an incentive scheme", *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 3, 1987, págs. 24-43.
- SALVATORE, G., "La deducibilità degli interessi passivi", *Amministrazione e Finanza*, núm. 7, 2009, págs. 30 y ss.
- SAMUELSON, P. A., "The Pure Theory of Public Expenditures", *Review of Economics and Statistics*, Vol. 36, núm. 4, 1954, págs. 387-389.
- SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A., "Posibilidades y límites de la amnistía fiscal", *Revista de Contabilidad y Tributación. Comentarios. Casos prácticos*, núm. 355, 2012, págs. 105-140.
- SÁNCHEZ RIDELSKI, M., "Distinction between State Aid and General Tax Measures", *EC Tax Review*, 2010-4, págs. 149-155.
- SANTOS ARRIBAS, C., "La Directiva sobre el ahorro y la Directiva sobre intereses y cánones: dos nuevos pasos en el camino hacia la armonización fiscal en la Unión Europea", *Revista de Contabilidad y Tributación. Comentarios. Casos prácticos*, núm. 248, 2003, págs. 167-192.
- SANZ CLAVIJO, A., "El criterio de imputación temporal de rentas del artículo 14.3 LIRPF y su consideración como medida de imposición de salida", *Revista Peruana de Derecho Tributario*, año 3, 2009, núm. 14.

- “¿Constituye el artículo 14.3 LIRPF (y concordantes) una medida de imposición de salida? A propósito del procedimiento de infracción de la Comisión Europea”, *Impuestos*, núm. 9, 2009, págs. 11-30
- SANZ GADEA, E., “Aspectos internacionales de la política fiscal (I, II, III)”, *Impuestos*, núm. 2, 2001, págs. 161-250.
- “Medidas antielusión fiscal (I)”, *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 13, 2005.
 - “Medidas antielusión fiscal (II)”, *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 8, 2009.
 - “La ubicación de la carga financiera en los grupos multinacionales”, *Crónica Tributaria*, núm. 136, 2010, págs. 169-182.
- SANZ GÓMEZ, R. J., *Las cláusulas anti-abuso específicas tributarias frente a las libertades de circulación en la Unión Europea*, Bosh Fiscalidad, Barcelona, 2010.
- *La lucha de los Estados contra la elusión fiscal en el contexto de la Unión Europea*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012.
 - “Un impuesto sobre transacciones financieras para la Unión Europea: la propuesta de la Comisión: A financial transaction tax for the European Union: The Commission proposal”, *Quincena fiscal*, núm. 1-2, 2012, págs. 79-92.
- SANZ SANZ J. F., ROMERO JORDÁN, D. y BARRUSO CASTILLO, B., “Acerca del debate de los impuestos especiales: ¿qué podemos esperar de un aumento en las «accisas» de alcohol y tabaco?”, *Cuadernos de Información económica*, núm. 225, 2011, págs. 63-67.
- SATO, H., “On the Complexity of the Tax Law”, *Studies in Regional Science*, Vol. 30, núm. 3, 1999, págs. 179-182.
- SCARIONI, P. y MUNI, S., “The New Italian CFC Rules: EU Holding Companies Challenge the ‘Artificial Arrangement’ Assessment”, *Intertax*, Vol. 38, núm. 10, 2010, págs. 527-531.
- SCHARF, K. A., “Scale Economies in Cross-Border Shopping and Commodity Taxation”, *International Tax and Public Finance*, Vol. 6, 1999, págs. 89-99.
- SCHIAVONE, G., “Libertà di stabilimento e thin capitalization: il recente caso Lankhorst-Hohorst GmbH”, *Fiscalità Internazionale*, núm. 2, 2003.
- SCHJELDERUP, G., *International Tax Competition: is it harmful, and if so, what are the policy Implications*, Norwegian School of Economics and Business Administration, 2002.
- SCHNEEWEISS, H., “Exit Taxation after Cartesio: The European Fundamental Freedoms Impact on Taxing Migrating Companies”, *Intertax*, Vol. 37, núm. 6-7, 2009, págs. 363-374.
- SCHÖN, W., “Taxation and State Aid Law in the European Union”, *Common Market Law Review*, Vol. 36, núm. 5, 1999, págs. 911-936.
- “Tax Competition in Europe – General Report”, en AAVV., *Tax Competition in Europe*, Coordinador: Wolfgang Schön), Amsterdam: International Bureau of Fiscal Documentation, 2003.
 - “Playing different tax games? Regulatory competition in tax and company law”, *Common Market Law Review*, núm. 42, 2005, págs. 331-365.
- SEELY, A., “Cross border shopping and smuggling”, *House of Commons Library*, Research Paper núm. 40, 2002.
- SEER, R., “Le fonti del Diritto Comunitario ed il loro effetto sul Diritto Tributario”, en AA.VV., *Per una costituzione fiscale europea*, a cura di A. Di Pietro, Padova, 2008, págs. 31-52.

- SERRANO ANTÓN, F., "Hacia una reformulación de los principios de sujeción fiscal", *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 18, 2006.
- SHAXSON, N. y CHRISTENSEN, J., "Time to black-list the tax haven whitewash", *The Financial Times*, 4 de abril de 2011.
- SHI, S. y. WEN, Q., "Labor Market Search and the Dynamic Effects of Taxes and Subsidies", *Journal of Monetary Economics*, Vol. 43, págs. 457-495.
- SHLEIFER, A., "A Theory of Yardstick Competition", *The RAND Journal of Economics*, Vol. 16, núm. 3, 1985, págs. 319-327.
- SIMÓN ACOSTA, E., "Tarjeta roja al céntimo sanitario", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 757, 2008.
- SINN, H. W., "Tax Harmonization and Tax Competition in Europe", *National Bureau of Economic Research*, Working Paper Núm. 3248, Cambridge, 1990.
- SMART, M. y BIRD, R. M., "Federal Fiscal Arrangements in Canada: An Analysis of Incentives", *International Centre of Tax Studies*, Discussion Paper núm. 8, Faculty of Management, University of Toronto, 1999.
- SMIT, D., "Danimarca, Paesi Bassi e Spagna defereti dalla Commissione Europea alla Corte di Giustizia per i regimi di exit tax d'impresa", *Studi Tributari Europei*, actualización del núm. 1/2009.
- SOMMERHALDER, R. A., "Harmful tax competition on harmful tax harmonization", *EC Tax Review*, 1999-4, págs. 244-251.
- SORENSEN, P.B., "Dual Income Taxation: Why and How?", *Economic Policy Research Unit*, Working Paper Series, núm. 10, 2005.
- SPENGLER, C. y EVERS, L., "The Cross-border Taxation of Dividends in the Case of Individual Portfolio Investors: Issues and Possible Solutions", *EC Tax Review*, 2012-1, págs. 17-32.
- STEICHEN, A., "Tax Competition in Europe or the Taming of Leviathan", en AA.VV., *Tax Competition in Europe*, coordinador: Wolfgang Schön, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 2003, págs. 43-120.
- "National Report Luxembourg", en AA.VV., *Tax Competition in Europe*, coordinador: Wolfgang Schön, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 2003, págs. 313-336.
- SUNLEY, E. M., YUREKI, A. y CHALOUKPA, F. J., "The design, administration, and potential revenue of tobacco excises", en AA.VV., *Tobacco Control in Developing Countries*, directores: Prabhat Jha y Frank Chaloupkaeds, Oxford University Press, 2000, págs. 409-426.
- TEATHER, R., *The Benefits of Tax Competition*, The Institute of Economic Affairs, Londres, 2005.
- TERRA, B. y WATTEL, P., *European Tax Law, Fifth Edition*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2008.
- TERUEL LOZANO, G. M., "La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el reconocimiento del nombre en el Espacio Europeo. Notas sobre la construcción de un estatuto personal común como ciudadanos europeos y su impacto en el derecho internacional privado de los estados", *Anales de derecho*, núm. 29, 2011, págs. 177-223.
- THÖMMES, O., "CFC Legislation and EC Law", *Intertax*, Vol. 31, núm 5, 2003, págs. 188-189.

- THÖMMES, O. y LINN, A., "Deferment of Exit Taxes after National Grid Indus: Is the Requirement to Provide a Bank Guarantee and the Charge of Interest Proportionate?", *Intertax*, Vol. 40, núm. 8-9, 2012, págs. 485-493.
- TIXIER, G., "La mondialisation et le droit fiscal français", en AA.VV., *Le droit saisi par la mondialisation*, director: Charles-Albert Morand, Bruylant, Bruselas, 2001, págs. 419-427.
- TIKKA, K. S., "Progressivity: A Waning or Dissapearing Feature in Income Taxation", en AA.VV., *International Studies in Taxation: Law and Economics*, Liber Amicorum Leif Mutén, editores: Gustaf Lindencrona, Sven-Olof Lodin y Bertil Wiman, Kluwer, Londres, 1999, págs. 341-352.
- "National Report Finland", en AA.VV., *Tax Competition in Europe*, coordinador: Wolfgang Schön, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 2003, págs. 217-228.
- TORCHIA, L., "Concorrenza fra ordinamenti e diritto amministrativo nell'ordinamento europeo" en AA.VV., *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di: Andrea Zoppini, Editori Laterza, Roma-Bari, 2004.
- TORIBIO DÁVILA, J. J., "Áreas monetarias óptimas y la experiencia europea: algunas reflexiones", *Información Comercial Española, ICE: Revista de Economía*, núm. 863, 2011, págs. 13-20.
- TORRES DIZ, C. J., "Comentarios en torno a la transparencia fiscal internacional", *Carta Tributaria. Monografías*, núm. 11-12, 2012, págs. 3-34.
- TOWNSEND J., *Tobacco price and the smoking epidemic. Smoke-free Europe: 9*, OMS; Ginebra, 1988.
- TRIGUEROS MARTÍN, M. J., "El Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos: presente y futuro incierto", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 327, 2012, págs. 127-137.
- "La discutida relevancia del permiso de circulación en la gestión del impuesto sobre vehículos de tracción mecánica", en AA.VV., *Problemática de los procedimientos tributarios en las Haciendas Locales*, director: Fernando Serrano Antón, Civitas, Madrid, 2012, págs. 205-220.
- TROVATO, P., *Con ogni diligenza corretto*, Mulino, Bolonia, 1991.
- URBANOS GARRIDO, R. M., "Tendencias internacionales en la financiación del gasto sanitario", *Papeles de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, Serie Economía, núm. 19, 2004.
- VALENTE, P. "Concorrenza fiscale «dannosa»: il rapporto provvisorio del Gruppo di lavoro «Codice di condotta» e le raccomandazioni OCSE", *Il Fisco*, núm. 23, 1999, págs. 7716 y ss.
- VALENTE, P. y ALAGNA, C. "Concorrenza fiscal dannosa: profile comunitari e internazionali", *Commercio Internazionale*, núm. 20, 2007, págs. 36 y ss.
- VALLÉE, A., *Les systèmes fiscaux*, Seuil, Paris, 2000.
- VALLEJO CHAMORRO, J. M. "La competencia fiscal perniciosa en el seno de la OCDE y la Unión Europea", *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, núm. 825, 2005, págs. 147-160.
- VAN DEN BROEK, H. y MEUSSEN, G., "National grid indus case: re-thinking exit taxation", *European Taxation*, Vol. 52, núm. 4, 2012, págs. 190-196.
- VAN SAPAROEAE, A., "Optimizing the interest Deduction Rules - A Never-Ending Story", *European Taxation*, Vol. 49, 2009, págs. 3-10.
- VAN THIEL, S., "The Direct Income Tax Case Law of the European Court of Justice", *Tax Law Review*, Vol. 62, 2008, págs. 143-192.

- VANISTENDAEL, F., "The role of the European Court of Justice as the supreme judge in tax cases", *EC Tax Review*, Vol. 3, 1996, págs. 114-122.
- "Fiscal support measures and harmful tax competition", *EC Tax Review*, 2000-3, págs. 152-161.
 - "Janus with two faces, or the Many Faces of Taxation", en AA.VV., Anderson, K.; Melz, P. y Silfverberg, C. (ed.) *Liber Amicorum Sven-Olof Lodin*, Kluwer International, The Hague – London-New York, 2001, p. 291-305.
 - "The compatibility of the basic freedoms with the sovereign national tax systems of the Member States", *EC Tax Review*, 2003-3, págs. 136-143.
 - "Le nuove fonti del diritto ed il ruolo dei principi comuni nel Diritto Tributario", en AA.VV., *Per una costituzione fiscale europea*, a cura di A. Di Pietro, Padova, 2008, págs. 91-121.
- VARSANO, R., "A guerra fiscal do ICMS : quem ganha e quem perde", *Planejamento e Políticas Públicas*, núm. 15, junio, 1997, págs. 13-18.
- VÁZQUEZ DE LA TORRE DÍAZ, F., "La limitación de la deducibilidad de los gastos financieros en el RDL 12/2012", *Actum Fiscal*, núm. 63, 2012.
- VEGA BORREGO, F. A., "La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del Derecho Comunitario", *Crónica Tributaria*, núm. 104, 2002, págs. 89-125.
- *Las medidas contra el treaty shopping. Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003.
- VENABLES, A. J., "Equilibrium Locations of Vertically Linked Industries", *International Economic Review*, núm. 37, 1996, págs. 341-359.
- VILLAR ESCURZA, M. "El control de ayudas de Estado y la competencia fiscal desleal", en AA.VV., *Manual de fiscalidad internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007, págs. 2053-2104.
- "El impacto de la jurisprudencia comunitaria en la armonización y coordinación fiscal", en AA.VV., *Unión Europea. Armonización y coordinación fiscal tras el Tratado de Lisboa*, director: Javier Lasarte Álvarez, coordinadores Francisco Adame Martínez y Jesús Ramos Prieto, Universidad Pablo de Olavide, Scuola Europea di Alti Studi Tributari, Sevilla, 2011, págs. 91-100.
- VILLAR ESCURZA, M. y HERRERA MOLINA, P., "Ayudas fiscales y Derecho Comunitario", *Derecho y Empresa*, núm. 3, 2005. Recurso electrónico: VLEX-293511.
- VILLAR GUZMÁN, M. D., GILABERT CERVERA, M. A. y DOMÍNGUEZ LUIS, C., "El delito de contrabando", en AA.VV., *Manual de delitos contra la hacienda pública*, coordinadores: Joaquín de Fuentes Bardají, Edmundo Bal Francés y Juan José Zabala Guadalupe, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, págs. 837-880.
- VIOLA, F., *La concorrenza degli ordinamenti e il diritto come scelta*, Editoriale scientifica Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Nápoles, 2008.
- VISCO, A. "Paradisi fiscali, flat tax e concorrenza sleale", *Il Fisco*, núm.21, 2007, págs. 3109 y ss.
- VOGEL, K., "World-wide vs. Source Taxation of Income – a Review and Reevaluation of Arguments", en AA.VV., *Influence of Tax Differentials on International Competitiveness: proceedings of the Munich Symposium on International Taxation*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer –Boston, 1990, págs. 117-166.

- VON BROCKE, K., y PÉREZ, E., "Group Financing: From Thin Capitalization to Interest Deduction Limitation Rules", *International Transfer Pricing Journal*, Vol. 16, 2009, págs. 29-35.
- VON LAMPE, K., "The illegal cigarette trade", en AA.VV., *International Crime and Justice*, director: Mangai Natarajan, Cabridge University Press, Nueva York, 2011, págs. 148-157.
- VORDING, H., "A level Playing Field for Business Taxation in Europe: Why Country Size Matters", *European Taxation*, núm. 11, 1999, págs. 410-421.
- WAGENAAR, A.C.; SALOIS M.J. y KOMRO, K.A., "Effects of beverage alcohol price and tax levels on drinking: a meta-analysis of 1003 estimates from 112 studies", *Addiction*, 2009, núm. 104, págs. 179-190.
- WAGNER, D., "Do Tax Differences Cause The Brain Drain?", *Policy Options*, Diciembre 2000, págs. 33-41.
- WANG, Y., "Commodity Taxes under Fiscal Competition: Stackelberg Equilibrium and Optimality", *The American Economic Review*, Vol. 89, núm. 4, 1999, págs. 974-981.
- WATT, P. A. y GIBSON, J. G., "The Political Economy of the Failure of the British Poll Tax: A Public Choice Interpretation", *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, núm. 2, 1994, págs. 206-232.
- WEBB, M., "Defining the boundaries of legitimate state practice: norms, transnational actors and the OECD's project on harmful tax competition", *Review of International Political Economy*, 2004, Vol. 11, núm. 4, págs. 787-827.
- WEBBER, S., "Thin Capitalization and Interest Deduction Rules: A Worldwide Survey", *Tax Notes International*, Vol. 60, núm. 9, 2010, págs. 683-708.
- WEBBER, D., *CCCTB: selected issues*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012.
- WHITEHEAD, S., "Practical implications arising from the European Court's recent decisions concerning CFC legislation and dividend taxation", *EC Tax Review*, 2007-4, págs. 176-183.
- WILDASIN, D. E., "Interjurisdictional Capital Mobility: Fiscal Externality and a Corrective Subsidy", *Journal of Urban Economics*, núm. 25, 1989, págs. 193-212.
- "Fiscal Competition", *IFIR Working Paper*, núm. 5, 2005.
- WILSON, J. D., "A Theory of Interregional Tax Competition," *Journal of Urban Economics*, núm. 19, 1986, págs. 296-315.
- "Theories of Tax Competition", *National Tax Journal*, Junio 1999, núm. 52, págs. 269-304.
- WUNDER, H., "The effect of International Tax Policy on Business location decisions", *Tax Notes International*, vol. 24, núm. 13, 2001, págs. 1331-1355.
- YOUNG, C. y VARNER, C., "Millionaire migration and State taxation of top incomes: evidence from a natural experiment", *National Tax Journal*, Vol. 64, núm. 2, 2011, págs. 255-284.
- ZIZZO, G., "Delocalizzazione delle attività produttive e fattore fiscale", *Il Fisco*, núm. 14, 2007, págs. 1953 y ss.
- ZODROW, G. R., "Tax Competition and Tax Coordination in the European Union", *International Tax and Public Finance*, núm. 10, 2003, págs. 651-671.
- "Capital Mobility and Source-Based Taxation of Capital Income in Small Open Economies", *International Tax and Public Finance*, núm. 13, 2006, págs. 269-294.
 - "Capital mobility and capital tax competition", *National Tax Journal*, Vol. 63, núm. 4, 2010, págs. 865-902.

- ZODROW, G. R. y P. MIESZKOWSKI, "Pigou, Tiebout, Property Taxation, and the Underprovision of Local Public Goods", *Journal of Urban Economics*, núm.19, 1986, págs. 356-370.
- ZOPPINI, A., "La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici" en AA.VV., *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di: Andrea Zoppini, Editori Laterza, Roma-Bari, 2004, págs. 5-42.

3. Documentos Comunitarios principales¹

- *White Paper from the Commission to the European Council, Completing the internal market*, COM (85) 310 final, de 14 de junio de 1985.
- *Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation*, marzo de 1992 (Informe Ruding).
- *Commission Communication subsequent to the conclusions of the Ruding Committee indicating guidelines on company taxation linked to the further development of the internal market*, SEC (92) 1118 final, de 26 de junio de 1992.
- *Libro Blanco sobre crecimiento, competitividad y empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI*, COM (93)700, diciembre de 1993.
- *VAT and excise duties: changes in cross-border purchasing patterns following the abolition of fiscal frontiers on 1 January 1993*, Final report DGXXI/C-3, Price Waterhouse, agosto de 1994.
- *La fiscalidad en la Unión Europea*, SEC (96) 487 final, 20 de marzo de 1996 (Primer Informe Monti).
- *La fiscalidad en la Unión Europea – Informe sobre la evolución de los sistemas tributarios*, COM (96) 546 final, 23 de octubre de 1996 (Segundo Informe Monti).
- *Hacia la coordinación fiscal en la Unión Europea – Paquete de medidas para hacer frente a la competencia fiscal perniciosa*, COM (97) 495 final, 1 de octubre de 1997.
- *Paquete de medidas para hacer frente a la competencia fiscal perniciosa en la Unión Europea*, COM (97) 564 final, de 5 de noviembre de 1997.
- *Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas*, 98/C 384/03, de 10 de diciembre de 1998,
- *Informe del Grupo del Código de Conducta sobre fiscalidad de las empresas*, SN 4901/99, de 23 de noviembre de 1999 (Informe Primarolo).
- *Estrategia para mejorar el funcionamiento del régimen del IVA en el marco del mercado interior*, COM (2000) 348 final, de 7 de junio de 2000.
- *Política fiscal en la Unión Europea – Prioridades para los próximos años*, COM (2001) 260 final, de 23 de mayo de 2001.

¹ No creemos necesario citar, aunque sean documentos de gran relevancia, las Directivas, Propuestas de Directiva o los Informes sobre su funcionamiento. Del mismo modo, tampoco incluimos los Reglamentos ni sus propuestas de modificación.

- *Hacia un mercado sin obstáculos fiscales. Una estrategia destinada a dotar a las empresas de una base imponible consolidada del impuesto sobre sociedades para sus actividades a escala comunitaria*, COM (2001) 582 final, de 23 de octubre de 2001.
- *Qualitative Study on Cross-Border Shopping in 28 European Countries*, mayo de 2004.
- *Study on the collection and interpretation of data concerning the release for consumption of cigarettes and fine-cut tobacco for the rolling of cigarettes*, Final report, TAXUD/2004/DE/313, KPMG, 27 de diciembre de 2005.
- *Imposición de salida y necesidad de coordinación de las políticas tributarias de los Estados miembros*, COM (2006) 825, de 19 de diciembre de 2006.
- *Study on reduced VAT applied to goods and services in the Member States of the European Union*, Final Report, 6503 DG TAXUD, Copenhagen Economics, de 21 de junio de 2007.
- *Aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa dentro de la UE y en relación con terceros países*, COM (2007) 785 final, de 10 de diciembre de 2007.
- *Resolución del Consejo sobre la coordinación en materia de imposición de salida*, C 323/01, de 2 de diciembre de 2008.
- *Report on cross-border e-commerce in the EU*, SEC (2009) 283 final, de 5 de marzo de 2009.
- *Fomento de la Buena Gobernanza en el Ámbito Fiscal*, COM (2009) 201 final, de 28 de abril de 2009.
- *Study analysing possible changes in the minimum rates and structures of excise duties on alcoholic beverages*, Final Report EC DG Taxation and Customs Union, London School of Economics, mayo de 2010.
- *A new strategy for the single market. At the service of Europe's economy and society*, Report to the President of the European Commission José Manuel Barroso by Mario Monti, de 9 de mayo de 2010.
- *Libro Verde sobre el futuro del IVA. Hacia un sistema de IVA más simple, más robusto y eficaz*, COM (2010) 695 final, SEC (2010) 1455, de 1 de diciembre de 2010.
- *Eliminar las barreras fiscales transfronterizas en beneficio de los ciudadanos de la UE*, COM (2010) 769 final, SEC (2010) 1576 final, de 20 de diciembre de 2010.
- *Double Taxation in the Single Market*, COM (2011) 712 final, de 11 de noviembre de 2011.
- *Comunicación sobre el futuro del IVA. Hacia un sistema de IVA más simple, robusto, eficaz y adaptado al mercado único*, COM (2011) 851 final, de 6 de diciembre de 2011.
- *Tackling cross-border inheritance tax obstacles within the EU*, COM (2011) 864 final, de 15 de diciembre de 2011.
- *Taxation Trends in the European Union, 2012 edition*, Eurostat.
- *Comunicación sobre formas concretas de reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal, también en relación con terceros países*, COM (2012) 351 final, de 27 de junio de 2012.
- *VAT Rates Applied in the Member States of the European Union*, TAXUD.C.1 (2012) 910012, de 1 de julio de 2012.

- *Effective Tax Levels Using the Devereux/Griffith Methodology*, Final Report 2012, TAXUD/2008/CC/099, Centre for European Economic Research (ZEW), University of Göttingen, octubre de 2012.
- *Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal*, COM (2012) 722/2, de 6 de diciembre de 2012.
- *Recomendación de la Comisión relativa a las medidas encaminadas a fomentar la aplicación, por parte de terceros países, de normas mínimas de buena gobernanza en el ámbito fiscal*, C(2012) 8805 final, de 6 de diciembre de 2012.
- *Recomendación de la Comisión sobre la planificación fiscal agresiva*, C(2012) 8806, de 6 de diciembre de 2012.

4. Relación de jurisprudencia comunitaria

a. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- Sentencia del TJUE de 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos*, asunto 26/62.
- Sentencia del TJUE de 12 de febrero de 1974, *Sotgiu*, asunto 152/73.
- Sentencia del TJUE de 22 de marzo de 1977, *Steinike und Weiling*, asunto C-78/76.
- Sentencia del TJUE de 28 de enero de 1986, *Avoir Fiscal*, asunto 270/83.
- Sentencia del TJUE de 14 de octubre de 1987, *Alemania/Comisión*, asunto 248/84.
- Sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 1987, *Comisión/Francia*, asunto C-259/85.
- Sentencia del TJUE de 7 de junio de 1988, *Grecia/Comisión*, asunto C-57/86.
- Sentencia del TJUE de 27 de septiembre de 1988, *Daily Mail*, asunto 81/87.
- Sentencia del TJUE de 14 de febrero de 1990, *Francia/Comisión*, asunto C-30/89.
- Sentencia del TJUE de 8 de mayo de 1990, *Biehl*, asunto C-175/88.
- Sentencia del TJUE de 28 de enero de 1992, *Hanss-Martin Bachmann*, asunto C-204/90.
- Sentencia del TJUE de 20 de mayo de 1992, *Ramrath*, asunto C-106/91.
- Sentencia del TJUE de 26 de enero de 1993, *Werner*, asunto C-112/91.
- Sentencia del TJUE de 13 de julio de 1993, *Commerzbank*, asunto C-330/91.
- Sentencia del TJUE de 12 de abril de 1994, *Halliburton*, asunto C-1/93.
- Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 1994, *Banco Exterior de España*, asunto C-387/92.
- Sentencia del TJUE de 14 de febrero de 1995, *Schumacker*, asunto C-279/93.
- Sentencia del TJUE de 11 de agosto de 1995, *Wielockx*, asunto C-80/94.
- Sentencia del TJUE de 14 de noviembre de 1995, *Svensson-Gustavsson*, C-484/93.
- Sentencia del TJUE de 1 de febrero de 1996, *Perfili*, asunto C-177/1994.
- Sentencia del TJUE de 29 de febrero de 1996, *Bélgica/Comisión*, asunto C-56/93.
- Sentencia del TJUE de 27 de junio de 1996, *Asscher*, asunto C-107-94.
- Sentencia del TJUE de 26 de septiembre de 1996, *Kimberly Clark*, asunto C-241/94.

- Sentencia del TJUE de 23 de octubre de 1997, *Franzén*, asunto C-189/95.
- Sentencia del TJUE de 2 de abril de 1998, *EMU Tabac*, asunto C-296/95.
- Sentencia del TJUE de 28 de abril de 1998, *Safir*, asunto C-118/96.
- Sentencia del TJUE de 12 de mayo de 1998, *Gilly*, asunto C-336/96.
- Sentencia del TJUE de 16 de julio de 1998, *ICI*, asunto C-264/96.
- Sentencia del TJUE de 9 de marzo de 1999, *Centros Ltd*, asunto C-212/97.
- Sentencia del TJUE 29 de abril de 1999, *Royal Bank of Scotland*, asunto C-311/97.
- Sentencia del TJUE de 26 de octubre de 1999, *Eurowings*, C-294/97.
- Sentencia del TJUE de 6 de junio de 2000, *Verkooijen*, C-35/98.
- Sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 2000, *Emsland-Stärke*, asunto C-110/99.
- Sentencia del TJUE de 8 de marzo de 2001, *Metallgesellschaft y otros*, asuntos acumulados C-397/98 y C-410/98.
- Sentencia del TJUE de 5 de abril de 2001, *G. van de Water*, asunto C-325/99.
- Sentencia del TJUE de 8 de noviembre de 2001, *Adria-Wien Pipeline*, asunto C-143/99.
- Sentencia del TJUE de 29 de noviembre de 2001, *De Coster*, asunto C-17/00.
- Sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2002, *Danner*, asunto C-136/00.
- Sentencia del TJUE de 5 de noviembre de 2002, *Überseering BV*, asunto C-208/00.
- Sentencia del TJUE de 21 de noviembre de 2002, *X e Y*, asunto C-436/00.
- Sentencia del TJUE 12 diciembre de 2002, *De Groot*, asunto C-385/00.
- Sentencia del TJUE de 13 de febrero de 2003, *España/Comisión*, C-409/00.
- Sentencia del TJUE de 26 de junio de 2003, *Skandia y Ramstedt*, asunto C-422/01.
- Sentencia del TJUE de 30 de septiembre de 2003, *Inspire Art Ltd.*, asunto C-167/01.
- Sentencia del TJUE de 2 de octubre de 2003, *Carlos García Avello*, asunto C-148/02.
- Sentencia del TJUE de 11 de marzo de 2004, *de Lasteyrie du Saillant*, asunto C-9/02.
- Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2004, *GIL Insurance*, asunto C-308/01.
- Sentencia del TJUE 15 de julio de 2004, *España/Comisión*, asunto C-501/00.
- Sentencia del TJUE de 15 de julio de 2004, *Lenz*, asunto C-315/02.
- Sentencia del TJUE 7 de septiembre de 2004, *Manninen*, asunto C-319/02.
- Sentencia del TJUE de 10 de marzo de 2005, *Fournier*, asunto C-39/04.
- Sentencia del TJUE de 14 de abril de 2005, *Aem Spa*, asuntos acumulados C-128/03 y C-129/03.
- Sentencia del TJUE de 5 de julio de 2005, *D*, asunto C-376/03.
- Sentencia del TJUE de 13 de diciembre de 2005, *Sevic System AG*, asunto C-411/03.
- Sentencia del TJUE de 13 de diciembre de 2005, *Marks & Spencer*, asunto C-446/03.
- Sentencia del TJUE de 21 de febrero de 2006, *Halifax*, asunto C-255/02.
- Sentencia del TJUE de 23 de febrero de 2006, *CLT-UFA*, asunto C- 253/03.
- Sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2006, *Portugal/Comisión*, C-88/03.

- Sentencia del TJUE 7 de septiembre de 2006, *N*, asunto C-470/04.
- Sentencia del TJUE de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes*, asunto C-196/04.
- Sentencia del TJUE de 5 de octubre de 2006, *Amalia Valeško*, asunto C-140/05.
- Sentencia del TJUE de 14 de noviembre de 2006, *Kerckhaert Morres*, asunto C-513/04.
- Sentencia del TJUE de 23 de noviembre de 2006, *Joustra*, asunto C-5/05.
- Sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in Class*, asunto C-374/04.
- Sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 2006, *Denkavit France*, asunto C-170/05.
- Sentencia del TJUE de 13 de marzo de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group*, asunto C-524/04.
- Sentencia del TJUE de 5 de julio de 2007, *Comisión/Bélgica*, asunto C-522/04.
- Sentencia del TJUE de 18 de julio de 2007, *Oy AA*, asunto C-231/05.
- Sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2007, *Schwarz*, asunto C-76/05.
- Sentencia del TJUE de 8 de noviembre de 2007, *Amurta*, asunto C-379/05.
- Sentencia del TJUE de 15 de noviembre de 2007, *Fredrik Granberg*, asunto C-330/05.
- Sentencia del TJUE de 6 de diciembre de 2007, *Columbus Container Services*, asunto C-298/05.
- Sentencia del TJUE de 17 de enero de 2008, *Lammers & Van Cleeff NV*, asunto C-105/07.
- Sentencia del TJUE de 20 de mayo de 2008, *OESF*, asunto C-194/06.
- Sentencia del TJUE 26 de junio de 2008, *Burda*, asunto C-284/06.
- Sentencia del TJUE de 27 de noviembre de 2008, *Papillon*, asunto C-418/07.
- Sentencia del TJUE de 4 de diciembre de 2008, *Jobra*, asunto C-330/07.
- Sentencia del TJUE de 16 de diciembre de 2008, *Cartesio*, asunto C-210/06.
- Sentencia del TJUE 22 de diciembre de 2008, *British Aggregates Association*, C-487/06.
- Sentencia del TJUE de 11 de junio de 2009, *Comisión/Países Bajos*, asunto C-521/07.
- Sentencia del TJUE de 19 de julio de 2009, *Damseaux*, asunto C-128/08.
- Sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2009, *Comisión/España*, asunto C-153/08.
- Sentencia del TJUE de 19 de noviembre de 2009, *Comisión/Italia*, asunto C-540/07.
- Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010, *Comisión/España*, asunto C-487/08.
- Sentencia del TJUE 22 de diciembre de 2010, *Tankreederei*, asunto C-287/10.
- Sentencia del TJUE de 8 de septiembre de 2011, *Paint Graphos*, asuntos acumulados C-78/08 a C-80/08.
- Sentencia del TJUE de 13 de octubre de 2011, *Waypoint Aviation*, asunto C-9/11.
- Sentencia del TJUE de 15 de noviembre de 2011, *Gibraltar*, asuntos acumulados C-106/09 y C-107/09.
- Sentencia del TJUE de 29 de noviembre de 2011, *National Grid Indus*, asunto C-371/10.
- Sentencia del TJUE de 12 de julio de 2012, *Comisión/España*, asunto C-269/09.
- Sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2012, *Comisión/Portugal*, asunto C-38/10.

b. Tribunal General de la Unión Europea

- Sentencia del TGUE de 27 de enero de 1998, *Ladbroke Racing*, asunto T-67/94.
- Sentencia del TGUE de 15 de junio de 2000, *Alzetta Mauro*, asuntos acumulados T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 a 607/97, T-1/98, T-3/98 a T-6/98 y T-23/98.
- Sentencia del TGUE de 6 de marzo de 2002, *Daewoo y Ramondín*, asuntos acumulados T-127/99, T-129/99 y T-148/99 y T-92/00 y T-103/00.
- Sentencia del TGUE de 18 de diciembre de 2008, *Government of Gibraltar y Reino Unido/Comisión*, asuntos T-211/04 y T-215/04.
- Sentencia del TGUE de 9 de septiembre de 2009, *Confesbank*, asuntos T-227/01 a T-229/01, T-265/01, T-266/01 y T-270/01o/Comisión, asuntos T-211/04 y T-215/04.
- Sentencia del TGUE de 7 de marzo de 2012, *British Aggregates Association*, asunto T-210/02 RENV.

5. Artículos de prensa

- “La UE cede ante los «Duty free»”, *El País*, 13 de diciembre de 1998.
- “Treasury secretary O’neill Statement ON OECD Tax Havens”, *US Treasury Department Press Release*, 10 de mayo de 2001.
- “Benzina scontata, rinnovate le card. Positivo bilancio dell’operazione nelle province di confine con la Svizzera”, *Marketpress.info*, 5 de mayo 2003
- “The luck of the Irish”, *The Economist*, 14 de octubre 2004.
- “Francia quiere limitar a un cartón por persona el tabaco comprado en Navarra”, *Diario de Navarra*, 4 de noviembre de 2005.
- “EU capitals set for clash over taxes”, *euobserver.com*, 14 de noviembre de 2007.
- “Making a packet: The Kaliningrad deal on smuggled cigarettes”, *The Guardian*, 20 de octubre de 2008.
- “Made to be smuggled. Russian contraband cigarettes «flooding EU»”, *Novaygazeta*, 27 de octubre de 2008.
- “Poland is frontline in EU battle with tobacco smugglers”, *EUbusiness*, 9 de mayo de 2010.
- “Vendite transfrontaliere: la misura è colma!”, *Federazione Italia Tabaccai*, 5 de junio de 2010.
- “Tabac: les achats ne sont plus limités à l’étranger”, *Le figaro*, 18 de noviembre de 2010.
- “Irlanda sitúa las ventajas fiscales como 'línea roja' de la negociación”, *El País*, 20 de noviembre 2010.
- “Tabac: la France refuse de supprimer ses quotas”, *EurActiv*, 1 de diciembre de 2010.
- “Tabac: barrage á la frontière espagnole”, *Le figaro*, 5 de diciembre de 2010.
- “EU puts Bern back in the eye of the storm”, *Swissinfo*, 13 de diciembre de 2010.

- "El 80% de los clientes de los estancos fronterizos son franceses", *Diario Vasco*, 17 de enero de 2011.
- "Ireland crash. After the race", *The Economist*, 17 de febrero de 2011.
- "Illicit Cigarettes Flood Into EU From the East", *Emerging Europe*, 22 de febrero de 2011.
- "Hungría apuesta por el turismo dental", *ICEX*, 19 de mayo 2011.
- "Seize grandes fortunes qui veulent payer plus d'impôts", *Le Parisien*, 23 de agosto de 2011.
- "Trafic de cigarettes: la guerre est déclarée", *Le Figaro*, 11 de septiembre de 2011.
- "Hungary's planned 27 pct VAT not against EU rules-EU", *Agencia Reuters*, 21 de septiembre de 2011.
- "EU puts heat on Swiss over corporate taxation", *Swissinfo*, 26 de noviembre de 2011.
- "Switzerland at the center of EU's radar screen", *Europolitics*, 28 de noviembre de 2011.
- "Corporate taxation: Union Bares teeth", *Europolitics*, 20 de diciembre de 2011.
- "Spain's lost generation: youth unemployment surges above 50 per cent", *The Telegraph*, 27 de enero de 2012.
- "Europe's big five will help USA enforce FATCA", *Step Journal*, 9 de febrero de 2012.
- "El contrabando crea empleo", *El País*, 23 de marzo 2012
- "Kenny insists corporation tax rate not up for debate", *Irish Independent*, 17 de mayo 2012.
- "Chipre no aceptará aumentar su impuesto de sociedades aunque la UE se lo pida", *Invertia*, 6 de julio de 2012.
- "Tobacco Companies Broke Law by Selling Untaxed Cigarettes, Judge Rules", *New York Times*, 22 de agosto 2012.
- "Los españoles y los griegos emigran a Alemania para trabajar", *Cinco Días*, 30 de agosto de 2012.
- "Madrid, Baleares y Valencia renuncian a 444 millones del impuesto de patrimonio", *Cinco Días*, 5 de septiembre de 2012.
- "La venta de tabaco cae un 40% por la reducción de vuelos británicos", *Diaridetarragona.com*, 8 de octubre de 2012.
- "Savings taxation: Failures piling up", *Europolitics*, 14 de noviembre de 2012.
- "Code of Conduct: Wake-up call for Switzerland", *Europolitics*, 4 de diciembre de 2012.
- "Switzerland, US Initial FATCA Agreement", *Tax-News.com*, 6 de diciembre de 2012.
- "Aldeasa controlará las tiendas 'duty free' de todos los aeropuertos de España", *El País*, 10 de diciembre de 2012.
- "Obélix y la marmita belga", *El País*, 23 de diciembre de 2012.
- "Luxembourg, US To Conclude FATCA Agreement In 2013", *Tax-News.com*, 20 de diciembre de 2012.
- "Las SICAV seguirán pagando el 1% para evitar la deslocalización", *El País*, 26 de diciembre de 2012.
- "2013, year of truth for RU tax harmonisation", *Europolitics*, 28 de enero de 2013.

